

مجموعة الأبحاث القانونية

- ١. المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام
 - ٢. منهاج الاسلام في مكافحة الاجرام
- ٣. تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الفربي
 - القانون الأصلح للمتهم في ضوء المتى الفلسفى
- ٥. أثر أحكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة
- التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية
 - ٧. مقترحات لتعديل هانون الاحوال الشخصية رهم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩
 - ٨. أخطاء أصولية لأبن السبكي في كتابه جمع الجوامع
 - ٩. الدولة والمفاضلة بين النظامين (اللسكي والجمهوري)
 - ١٠. الدهاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون
 - ١١. الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

طيمة أولى

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون طبعت على نفقة السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق الاستاذ نيچيرفان البارزاني المحترم

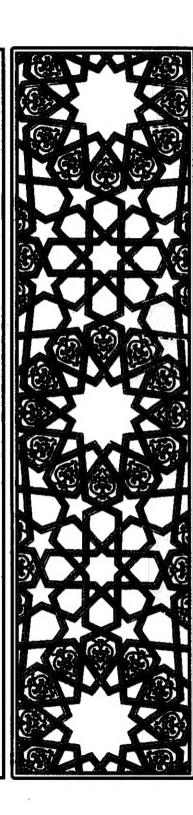
مجموعة الأبحاث القانونية

تأليف: البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥ مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد تصميم: جمعة صديق كاكه المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

> رقم الإيداع : ٢٥٨- ٢٠١٠ رقم الدولي (ISBN) للمجموعة: 2-978-600-349-006 رقم الدولي (ISBN) للكتاب: 3-210-948-600-349

الموقع: http://zalmi.org/arabic dr.alzalmi@gmail.com الامميل: facebook.com/dr.alzalmi فيسبوك: images

منع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو النسخ أو التصوير أو الترجمة إلى أي لغة،الا بأذن خطي من المؤلف



﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَنَاتِ
إِلَىٰ ٱلْمَلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ
إِلَىٰ آهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ
أَن تَحَكُمُوا بِٱلْعَدْلِ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِبًا يَعِظُكُم
بِيْدٍ إِنَّا لِلَّهُ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا السُّ ﴾



الفهرس

10	المبادئ العامة تعداله العضاء في الإسلام
٠٧	_
ص: ۸۸	أولاً: مبدأ عدم تقيد القاضي بحرفية الن
موم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلمنا	
14	دعت العدالة إلى ذلك:
ً وعدماً:أ	
ص لمصلحة أهم	رابعاً: مبدأ عدم تغويت تطبيق حكم الن
لمراقعة	
سيئ	سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد الس
Yo	
لتحداث الجريمة والعقوية	ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في ا
YY	تاسعاً: مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي
ΥΑ	
YA	
YA	٢- السنة النبوية:
Y4	٣- القواعد الفقهية العامة منها:
	ىنهاج الاسلام في مكافحة الاجرام
	الفصل الأول: الطرق الوقائية لمكافحة الاجرام
	المبحث الأول: الأسس التكوينية لسلوك الانه
٣٧	
	ثانيا: الخليب الأصيل:
٤٠	ثالثاً: الحضانة السليمة:
	رابعاً: ِالتربية البيتية الصحيحة:
٤١	خامساً: التعليم السليم الحكيم:
٤٣	المبحث الثاني: الطرق الروحية الوقائية
	اولا- اهمية الايمان بالله في الوقاية:
٤٤	ثانيا- الصلاة ودورها الوقائي:

ثالثا- الصيام والرقاية عن الاجرام
الفصل الثاني: الطرق العلاجية ٤٨
المبحث الأول: الوسائل العلاجية الاصلاحية 23
اولا- التوبة: ٤٩
فانيا- الرياضة النفسية (الصيام):
والثار العقب العراب:
المبحث الثاني: الطرق العلاجية العقابية
أولا: الاعدام:
ثانيا: القطع:ٰ
ثانثا: الجَلْد:
رابعا: النفي ثبتت عقوية النفي بالنص في حالتين: ٥٧
خامسا: الحرمان من المياث: ٨٥
سادسا: الكفارة:
سابعا: الدية:
فنيد مزاعم تناثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الفربي
المدخل الأول: الفتح الإسلامي للأندلس: ١٤
المدخل الثاني: قيام الصلة والعلاقات بسين الدولسة الإسسلامية العثمانيسة وبعسض
الدول الأوروبية:
أولاً / تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي : ٦٥
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :
أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :

۸۱	(٢) تقييد مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية
	أولا/ ما يتعلق بنوع النص:
	ثانيا/ الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ذاته:
	(٣) متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم؟
٨٨	(٤) موقف المشرع العراقي من سريان القانون الجنائي من حيث المتى الفلسفي
۸۸	(٥) مبدأ الرجعية في القانون عُده المدة''
٩.	(٦) معيار التمييز بين القانون عدد المدة وغيه
11	(٧) سريان الجديد على الماضي لا على أساس معيار الأصلح للمتهم
11	١- الجرائم المستمرة:
11	٧- الجرائم المتتابعة:
44	٣- جرائم العادة:
	(٨) سريان القانون على التدابي الاحترازية
	من أنواع التدابير الاحترازية:
	(٩) سريان التشريع الإجرائي على أساس المتى الفلسفي
40	أولا- قواعد الاختصاص:
44	ثانيا: قواعد الطعن في الأحكام:
	أنواع التقادم الجنائي:
1.1	أثر أحكام الشريمة الاسلامية في التشريمات المربية العديثة
	مقدمة
	القرآن دستور والفقه قانون:
	الغقه الاسلامي والتشريعات الوضعية
١.	مدى تأثر القوانين العربية الحديثة بالشريعة الاسلامية
1.	المبحث الأول: أثر الأحكام الشرعية في قوانين الأحوال الشخصية العربية الحديثة ٨
11	المبحث الثاني: أثر أحكام الشريعة في القوانين المدنية المربية الحديثة ٥
11	من الآثار المترتبة على التأثر بالفقهين الاسلامي والفربي
11	أولا: تقسيم العقود:
	أهمية التقسيم الخماسي٢١
	ثانيا: في المسزولية التقصيرية
	ثالثا: في الغوائد الربوبية٣٠
1	المبحث الثالث:أثر احكام الشريعة الاسلامية في القوانين الجزائية العربية الحديثة ٢٦
1	اقسام الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية

أهم النقاط التي تختلف القوانين فيها مع الشريعة الاسلامية:
مظاهر اثار احكام الشريعة الاسلامية في التشريعات الجزائية العربية١٣٢
المبحث الرابع: اثر الفقه الاسلامي في القوانين الغربية
التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية
المبحث الأول: شروط وقيود تقيد سلطان الارادة في الزواج
المبحث الثاني: اسباب التغريق القضائي
المطلب الأول: حق طلب التفريق يكون لكل من الزوجين
الاضرار:١٥١
الخيانة الزوجية:
عدم اكمال أهلية الزواج:
الاكراه:
الزواج الثاني:
الخلاف والشقاق: ٥٥١
المطلب الثاني: حق طلب التفريق يكون للزوجة فقط
المبحث الثالث: أحكام الحضانة
شروط نمارسة الحضانة
المبحث الرابع: ميماث البنت في ضوء التعديل الجديد
قارحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ١٧٧
مقترحات تتعلق بالزواج
مقترحات تتعلق بانحلال الزواج:
مقترحات تتعلق باحكام الوصية والمياث:
المبحث الأول: مقترحات تتعلق بالزواج ومقدماته
الاسباب الموجبة:
الخطبة وأثار انحلالها
المبحث الثاني: المقترحات المتعلقة بانحلال الزوج
التفريق القضائي
المحث الثالث: المتاحات التعلفة بالمصدة بالماث

197	أخطاء أصولية لأبن السبكي في كتابه جمع الجوامع
199	تقويم العالم الأصولي
۲۰۳	المقدمة
۲۰۵	أولا: تعريف الفقه
۲۰۹	ثانيا: تعريف الحكم الشرعي
۲۰۷	الفرق بين التصرف الشامل للأقوال والأفعال وبين الوقائع:
۲۰۸	فالثا: العقل والنقل
Y-4	الإستنتاج:
۲۱۰	رابعا: التكليف
Y1Y	خامسا: الفرض والواجب:
Y14	سادسا: تعريف الرخصة والعزيمة:
Y14	سابعا: تعريف العام:
Y17	العام اللغوي:
Y1A	ثامنا: تعريفُ التخصيص
Y14	تاسعا: نسخ القرآن
***	عاشرا: نسخ القرآن بالسنة:
**1	حادي عشر: نسخ الحكم الشرعي:
YYY	ثاني عشر: النسخ بالقياس:
YYY	ثالث عشر: اقسام النسخ من حيث المنسوخ:
***	القسم الأول: النسخ حكما وتلاوة:
YYY	القسم الثاني: منسوخ الحكم دون التلاوة:
YY£	القسم الثالث: منسوخ التلاوة دون الحكم:
YY7	رابع عشر: تعريف القياس:
YY4	السنولسة والمفاضلة بين النظامين (الملسكي والجمهوري)
۲۳۱	الفصل الأول: الدولة، عناصرها، أسباب نشوتها، أنواعها
۲۳۱	المبحث الأول: الدولة وعناصرها
YT1	تعريف الدولة
YYY	عناصر الدولة:
۲۳٤	المبحث الثاني: نشأة الدولة
YYY	طبيعة الدولة:
	المبحث الثالث: أنواع الدولة
	أولا: الدولة البسيطة:

Y r 4	
767	الفصل الثاني: المفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري
Y£4	المبحث الأول: النظام الملكي، عاسنها ومساوتها
7£9	مزايا النظام الملكي:
۲۰۱	المبحث الثاني: النظام الجمهوري، عاسنها ومساوتها
Y 0 0	
Y6Y	هًاع الشرعي المَّاس في الشريعة والقانون
Y09	الدفاع الشرعي الخاص
	المبحث الأولَّ: عناصر الدفاع الشرعي
	اركان الدفاع الشرعي:
	شروط الركن الأول (ألحطر):
۲۹٤	معيار الخطر الخيلى:
	شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء) ويشترط فيه:
Y77	شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):
	تجاوز حدود الدفاع الشرعي:
YY1	المبحث الثاني: مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره
YY1	أولات مصادر الدفاع الشرعي:
	فانياـ تكييف الدفاع الشرعي:
YY£	ثالثاً التطور التاريخي للدفاع الشرعي:
YY7	المبحث الثالث: أساس الدَّفاع الشّرعي وأثّاره
YYY	أولاـ نظرية الإكراء المعنوي:
YYA	ثانياً نظرية عجازاة الشر بالشر:
	ثالثًا لـ نظرية تضارب المصاغ وترجيع مصلحة المدافع:
YY4	رابعاً _ نظرية انتصار القانون:
	خامساً ـ فكرة الرجوع إلى الاصل:
	سادساً ـ فكرة الباعث الشريف:
	سابعاً ـ حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:
	طبيعة النفاع الشرعي وآثاره:
	موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:
YA£	أولاًــ شروط الخطر:
YAY	شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:
	- , , , , , ,

YAA	تجارز الدفاع الشرعي:
	ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الد
	رفي القانون مصطلح (الدفاع)
Y4£	الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة
Y47	الخنشي المشكل والإحتياط في توزيع التركة
	انوع الخنشي:
Y4Y	
Y4Y	خصوصيته:
	العلاج:
Y4Y	معايع التمييز بين الصنفين:
Y4A	أ- أهم المعايق قبل البلوغ:
Y4A	ب- أهم علامات التمييز بعد البلوغ:
	أهمية التمييز:
744	كالمرتبع والكتران المنشر أحرار المنتاز





المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام







المبــادئ العامــة لعدالــة القضـاء في الإســلام

المقدمة

العدالة عبارة عن اعطاء كل ذي حق حقه فهي ثابتة في كل زمان ومكان وفي جميع الظروف خلافا لمن زعم ان العدالة أمر نسيي.

كما أن المساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل شخص طبيعسي أو معنوي.

والعدالة أمر بها القرآن الكريم في جميع عجالاة الحيساة وفي العلاقسات البشرية في آيسات كثيرة منها قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَسَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (١) ، ومنها ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوامِينَ لِلَّهِ شُهدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْم عَلَى أَلَّا تَعْدَلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقُوى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيدٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾ (٢) ، ومنها ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ﴾ (٢).

ومن تتبع أقضية الرسول (ﷺ) والخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة تبين لـ بوضوح ان ديدنهم كان هو تحقيق العدالة ايمانا منهم بان النصوص ان هي الا وسائل لتحقيق هذه الغاية.

وقد تولى مهمة القضاء بعد الرسول (ﷺ) غبة من فقهاء الصحابة والتابعين المذين كانوا على المام تام بلغة القرآن ولهم المعرفة باسباب النزول واسرار التشريع اضافة الى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة والملكة الفقهية، فكانوا أمناء على شرع الله وخلفاء في قيادة الأمة فصاروا على نهج الرسول وسلكوا السبيل الذي سلكه في تحليل أحكام الله بغايات ومصالح مقصودة من تشريعها وتطبيقها وتنفيذها فتوسعوا في هذا المضمار من غير مخالفة ولا عصيان اذعانا منهم بان شريعة الله ليست جامدة على

⁽١) سورة النساء- الآية: ٨٥.

⁽¹) سورة المائدة- الآية: ٨.

^{(&}lt;sup>r)</sup> سورة النحل- الآية: ٩٠.

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان الحرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَج) (١).

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقاً عققاً للعدالة وكانوا يعمدون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوسعوا دائرة تطبيقه ويوقفون العمل بأحكام يخال انهم خالفوا بمه حكم الله ولكنهم بثاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معلل بعلة فزالت فيجب ايقاف العمل به ويذلك استحدثوا لنا مبدأ عاما وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً).

وأحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تؤدي المصلحة المتوخاة من تطبيقه إلى تفويت مصلحة أهم، ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (اذا تعارضت مصلحتان يؤخذ بأهمهما).

وكثيراً ما خصصوا النصوص العامة وقيدوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية أتت لتحقيق مصلحة الأسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ (٢) والرحمة هي المصلحة دينية كانت أو دنيوية مادية أو معنوية ايجابية (منفعة مستجلبة) أو سلبية (مضرة مستدرأة) وغير ذلك من تطبيقاتهم القضائية التي عبدت الطريق امام القضاة في الأجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادئ عامة يهتدي بها القضاة في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشروع ومن تلك المبادئ ما يأتي:

أولاً: مبدأ عدم تقيد القاضي بعرفية النص:

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم بالتمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يجتهد في حالتين:

إحداهما: حالة غياب النص فاذا لم يجد القاضي نصاً خاصا بحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول إلى حكم عادل لها مستعينا بالمصادر التبعية الكاشفة.

والثانية: حالة وجود نص لا تكون دلالته على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يحمل ما ورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالته على الحكم قطعية بحيث لا يحتمل حكماً آخر

⁽١) سورة الحج- الآية: ٧٨.

النبياء - الآية: ١٠٧.

أما إذا كان ظني الدلالة فعلى القاضي ان يجتهد فيه لتحديد حكم يكون أكثر ملاءمة، وأقرب عدالة، وأوفر مصلحة، بالنسبة للموضوع المعنى بالحكم.

رمن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (ﷺ) وعلي بن أبي طالب (ﷺ) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على أكثر من واحد إذا اشتركوا في قتل شخص واحد دون التقيد بحرفية قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (١) لان ظاهر هذا النص يقتضي المساواة في المعادلة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث إذا كان المقتول واحدا فيقتص من قاتل واحد كما ان لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة.

ونقطة البداية في اقرار المساهمة الجنائية هي واقعة جرمية وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (ﷺ) خلاصتها:

ان امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه إلى زوجها ثم انكشفت الجريمة بعد تنفيذها ورفعت القضية إلى الوالي في صنعاء اليمن (يعلى بن أمية) بصفته قاضياً اضافة إلى سلطته التنفيذية غير انه وقف أمام ظاهر قوله تعالى (ان النفس بالنفس) متردداً كيف يقضي بالاقتصاص من قاتلين والمقتول واحد ففاتع مركز الخلافة بالموضوع فتشاور عمر وعلي في الامر ثم وصل اجتهادهما إلى ان التقيد بظاهر هذا النص والتمسك بجرفيته سوف يعرض حياة الأبرياء للخطر لان كل من أراد قتل شخص يأتي بآخر يشاركه في تنفيذ الجرية حتى لا يؤخذ منه القصاص ورعاية للعدالة وجماية لارواح الابرياء، أقرا معاً وجوب تطبيق حكم القصاص على أكثر من واحد اذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد حكم القصاص على أكثر من واحد اذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد فأجاب الخليفة عمر واليه قائلاً مقولته المشهورة: (لو تمالاً أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتاتهم) وفي رواية (اقتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالصلحة كلما دعت المدالة إلى ذلك:

لقد أدرك قضاة الصحابة ومن أتى بعدهم ان جميع الشرائع الالهية التي نزلت على الأنبياء والرسل غايتها مصلحة الانسان لان الخالق الذي خلق كوناً لا تنزال عقول علماء

⁽١) سورة المائدة- الآية: ٥٥.

الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي. غني مطلق عن المصالح التي تحققها هذه الشرائع وتطبيقاتها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النصوص هي العدالة ومصلحة الانسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى أساس هذا المبدأ فان للقاضي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة إلى ذلك.

رمن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا على بن أبي طالب (会) بتخصيص عموم قول الرسول (美): (لا ضمان على مؤتمن) أي لا ضمان على من تكون يده يد أمانة على مال الفير ما لم يكن متعدياً أو مقصراً فلفظاً (ضمان ومؤتمن) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فان على بن أبي طالب (金) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الأجير المشترك(۱)، فقضى بتضمينه إذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً حماية لأموال الناس والزاماً له بأن يبدل في حفظه عناية حفظ ماله الحاص او عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده يد أمانة وقد قال الرسول (ﷺ) (لا ضمان على مؤتمن)، أجاب بقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك)(٢).

ثَالثًا : مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً :

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شي، نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات أخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فاذا تخلفت الغايمة المتوخاة من تشريع نص، على القاضي ايقاف العمل به في الواقعة التي لا يحقق تطبيق النص فيها غايته والعدالة المتوخاة منه لان تطبيقه حينئذ يكون من باب الحروج عن مقاصد الشارع.

⁽١) وهو الذي يعمل الأكثر من شخص واحد كالخياط والنجار والحداد والمقاول.

⁽۲) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في التحرير والتيسير (١٢٣/٢): (وضمن ابو يوسف وعمد الأجير المشترك فيما يكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما اذا هلكت بالسبب الغالب وهو لا يكن الاحتراز عنه كالحرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه واغا ضمناه بقول علي رضي الله عنه.

رمن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلائة أبسي بكر (ﷺ) بايقاف العمل بنص قوله تعالى (وَالْمُؤَلْفَةِ قُلُوبُهُمْ) (١) في آية تحديد آية تحديد أصناف المستحقين للزكاة والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة أقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة عمد (ﷺ) الداعية إلى المساواة والقضاء على المظلم واستعباد الانسان لأخيبه الانسان واستنصبال جنور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحادلوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لايقاف نشاطهم التخريبي ووضع حد لتحركاتهم الشريرة ضد الاسلام.

والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين ايضا ولكن كان في اسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلويهم.

والقسم الثالث كانوا حديثي العهد بالاسلام فلم يتركز الايمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

وبعد ان تقوى مركز الاسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (ش) الاستغناء عن استمالة القلوب فقضى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم بأقسامهم الثلاثة لان الزكاة شرعت لمكافحة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد أجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الأول وبذلك اصبح حكما عجمعاً عليه وبعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع أول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لصلحة أهم

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها وتنفيذ أحكامها منها ضرورية يسؤدي تخلفها إلى الخرج والضيق، ومنها تخلفها إلى الاخلال بالنظام والحياة ومنها حاجية يؤدي عدم تحققها إلى الحرج والضيق، ومنها كمالية تحققها من الكماليات والتحسينات وتعتبر مكملة للنوعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح إذا حصل التعارض بينها تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تقدمان على الكمالية.

⁽۱) في قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلويهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) سورة التربة: ٦٠.

والمصاغ الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يختل المجتمع في الحياة واذا حصل التعارض بين هذه المصالح الضرورية الحمس تقدم مصلحة حماية الدين والعسرض على حماية الحياة وحماية الحياة وحماية الحياة على حماية الأموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عمس بن الحطاب (ش) قضى في سنة المجاعبة برضع عقوبة السيرقة السوادة في قوله تعالى فوالساًوقُ وَالسَّاوِقُ فَاقُطعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ فِاللهِ المناد وتسبيب هذا القضاء جرعة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في الميشة وقال في تعليل وتسبيب هذا القضاء مقولته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الأموال وفي ايقافها بالنسبة للمضطر حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة

في الاسلام لا يعتبر حكم القاضي منشئاً للحق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الراقع لان لله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصا ان أصابه المجتهد أو القاضى فهو مصيب وان لم يصبه فهو مخطئ.

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة أو تصرف هو الحظر في الواقع وحكم القاضي بالجواز أو كان الأمر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لا بما حكم به القاضي فحكم القاضي لا يحلل حراماً ولا يحرم حلال سواء كان عدم اصابة القاضي للحكم الواقع بسبب خطأ في الاجتهاد أو كان بسبب ما قدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

وأساس هذا المبدا هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعارى التي كانت ترفع اليه: (انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن^(۲) بمجته من بعض فأقضي له على نحو بما اسمع مند^(۲) فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقطع له به قطعة مسن النار) (نا)

⁽١) سورة المائدة- الآية: ٣٨.

⁽۲) اللحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد ان بعض الخصماء يكون اعرف بالحجة وأفطن لها من

⁽٣) من الدعاوي والاجابات والبينات والايان وقد تكون باطلة في نفس الأمر فيقتطع من مال أخيه قطعة من النار ما يؤول اليه.

[&]quot; الحديث متفق عليه، صحيح مسلم: ١٣٣٧/٣.

فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أن حكم القاضي لا يحل به للمحكوم له ما حكم به له على غيره أذا كان ما أدعاه باطلاً في نفس الأمر وما أقامه من البيئة كاذبا(١).

أما القاضي فيجوز له ان يحكم بما ظهر له، وان يظلم المحكوم عليه بحكمه على هذا الظاهر وان يجبه على تنفيذه، فالاسلام لا يلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لانه لو طلب منه اليقين في كل شيء لتعطلت أمور كثيرة ولضاعت حقوق الناس" لان الدعاوي والبينات أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب من حيث ذاته فلا يحصل بها الا الظن وهو الادراك الراجح لدى الانسان مع احتمال اخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى ادراك طرفي القضية من الثبوت وعدمه بصورة متساوية شكا، فكما لا يلزم القاضي بالعمل باليقين لا يجوز له ان يحكم بالشك لان الشك يفسر لمصلحة المتهم.

سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيئ

أمر الاسلام الانسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الفير وحرم الحاق الضرر بالفير او مقابلة ضرره بالضرر في فعله او قوله على لسان رسوله: (لاضرر ولا ضرار)(٢)، وربط الرسول (美) العمل بالنية وجعله تابعا لها صحة وفسادا وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب او تقصير منها يقع الطلاق اذا كان واعيا ولكن الزوجة ترثه معاملة معه بنقيض قصده السيئ لان طلاقه في هذا الظرف يفسر بانه اواد حرمانها من الميراث.

رمن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمان بن عضان رضي الله عنه في خلافته بتوريث تماضر زوجة عبدالرجمن بن عوف (٢) حين طلقها طلاقا بائنا في مسرض موت ثم اصبحت هذه السابقة القضائية مصدرا لحكم جميع الفقهاء بوقوع طلاق المسيض مسرض الموت وبتوريث زوجته رغم وقوع الطلاق معاملة بنقيض قصده السيء وهذا مالم يختلف فيه الا من شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتى:-

⁽۱) لكن اذا كان الحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب او تزوير البينة او لا يعرف بخطأ القاضي فانـ لا يعتبر آثما.

⁽٢) سبل السلام: ١١٠/٣.

^{(&}quot;) المنتقى شرح الموطأ: ٨٥/٤ وما بعدها.

أ- قال الحنفية (١) ترث الزوجة اذا مات الزوج وهي مازالت في العدة واذا مات بعدها لا ترث لانقطاع العلاقة الزوجية.

ب- وقال الجعفرية (٢) ترث ما لم تمض سنة على الطلاق والزوج لا يزال حياً، وما لم تتزوج في حياة الزوج فاذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تزوجت هي في حياة النوج. فانها لا ترث ويتفق فقها، الحنابلة (٢) مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في المياث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق المياث.

ج- وقال المالكية (1) والاباضية (1) ترث مطلقاً لان سبب المياث ليس العلاقة الزوجية بل ما حل علها وهي المعاملة بنقيض القصد السيء سداً للنرائع وهذا السبب لا يسقط بالتقادم وهذا الرأي الأخير هو القمين بالأخذ فمادامت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه يدور معها وجوداً وعدماً.

وبناء على هذا المبدأ الذي قضى به أحد الخلفاء الراشدين وأصبح مجمعاً عليه في عهده من الضروري اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه: (لا يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

 ١- خالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقسوع الطلاق ومسيات الزوجة.

٢- القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه ببالوعي الكامسل والادراك
 التام مخالف لاجماع فقهاء المسلمين.

٣- اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة
 الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر او مرض.

⁽١) المبسوط للسرخسي: ١٥٤/٦. الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد الحتار: ٣٨٣/٣.

⁽۲) الكاني للكليني: ۲/۲۲/،

⁽۳) المغنى لابن قدامة: ۳۳۰/٦.

⁽¹⁾ المنتقى شرح موطا الامام مالك: ٨٥/٤-٨٦.

^(°) شرح النيل وشفاء العليل، لمزيد من التفصيل راجع: سلطان الارادة في الطلاق في الشريعة والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة للدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي: ٧٠-٥٩/٢.

٤- اذا كان الطلاق لا يقع تكون عبارة: (وترث زوجته) عبثاً والمفروض أن القانون لا عبث فيه.

٥- اذا كان قصد المشرع جماية حقوق الزوجة فان الفقهاء اجمعوا على جماية هذه الحقوق.

٧- كيف يعلم القاضي مقدماً ان هذا الزوج المريض عوت في هذا المرض أليس الله قادراً على شفائه فكم من الناس أقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة شم عاشوا بعد ذلك سنوات.

وبناء على هذه الفقرة فإن الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجية فإذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائبا وإلا فيكون تخالفا للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان

من الضروري ان يكون القاضي عالما بالظروف التي كانت عيطة بتضريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغير يخصص النص ان كان عاما ويقيده ان كان مطلقا ويؤوله اذا كان قابلا للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الحرج والعسر بالمجتمع وهما مرفوضان بقوله تعالى (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (١) وقوله ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ المُّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ المُّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ المُّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المندوة ارتفعت وغلت فذهب وفد إلى الرسول (業) فقالوا يا رسول الله غيلا السعر في المدينة فسعر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعير واعتبره ظلما كالفا للعدالة لان سبب ذلك الغلاء او ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعا الى قانون العرض والطلب فكان الطلب أكثر من العرض فقال الرسول (業) (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لأرجو ان القى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال) (").

ولذلك اعتبرت التسعيمة في ظل تلك الظروف مظلمة مضرة بحق التجار والباعة.

⁽١) سورة الجع- الآية: ٧٨.

⁽٢) سورة البقرة- الآية: ١٨٥.

⁽r) نيل الاوطار للشوكاني: ٥/٢٣.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاة وفقهاء التابعين بالتسعير رفعا للحرج والضيق ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبدالرحمن ويحييي الانصاري وغيرهم مع أن المنطوق الصريح للحديث المذكور هو أن التسعيرة مظلمة بحق التجار والباعة ورغم ذلك فانه لا تناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسعير وبين حكم قضاة التابعين له لانه لكل واحد من الحكمين ظرفا خاصا ووضعا عتلفاً.

ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة

لخطورة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الاسلام إلى أواخر عهد العباسيين أن يتسولي هذا المنصب الا من كان مجتهدا واهلا للاجتهاد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يسنع له سلطة التجريم ولا استحداث العقوية بصفته قاضيا وانما كانت هذه السلطة حصراً فيمن له الولاية الفعلية على المسلمين بتعارن مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الاسلامية شريعة نادت بمبدأ الشرعية: (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾(١).

فلا عذاب ولا عقاب الا بعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وما هو عظور.

وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجنائية. ومنها قوله تعالى ﴿وَمَا كُمانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾(٢) فهذه الآية تدل على ان الجهل عذر بدليل قوله تعالى ﴿ يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتنَا ﴾ أي ان مجرد ارسال الرسل وانزال الشرع لا يكفى القرار المسؤولية الجنائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصرا في عدم التبلغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ الشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقل قبل ان يكون واجبا شرعا فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الاني اي بالأثر على وجود المؤثر للايمان بالله لانه لو كان الايمان بالله متوقفاً على الايسان بالشرع للزمست المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لا يكون الا بعد الايمان بسالله فلو توقيف

سورة الاسراء- الآية: ١٥.

سورة القصص- الآية: ٥٩.

الايمان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه الملتزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل وكذلك الملزوم.

تاسماً: مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي

على القاضي أن يفتح صدره أمام المدعي والمدعى عليه ومن ينوب عنهما للدفاع عن النفس أو أي حق آخر، وهذا المبدأ نص عليه القرآن الكريم وأمر القضاة برعايته في آية الظهار في قوله تعالى ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرُكُمًا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾ (١٠).

وسبب نزول هذه الآية والايات التي تليها هو ان امرأة (خولة بنت حكيم) رفعت قضية شقاقها مع زوجها (اوس بن الصامت) بشان ظهاره اياها والظهار هو ان يشبه الزوج زوجته باحدى عارمه كأمه وأخته وبنته.

وكان الظهار طلاقا قبل الاسلام ثم جاء الاسلام والغى هذا الحكم وأحل علمه الكفارة ورفعت خولة قضيتها إلى الرسول (ﷺ) فقالت يا رسول الله زوجي أوس أكل مسالي وأفنى شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني فأجابها الرسول قائلا ما أراك الا قد حرمت عليه وعادت خولة تحاور الرسول وتناقشه بمنتهى الحرية وتقول له ان لي منه صبية أن ضممتهم اليه ضاعوا وأن ضممتهم الي جاعوا وعاد الرسول يقول لها مسا اراك الا قد حرمت عليه ولم تقتنع خولة بالحكم وقالت الى الله أشكو امري وأمر صبيتي شم نزلت على الرسول آية ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ ﴾ الآية.

ثم بين سبحانه وتعالى ان حكم الظهار هو تحريم معاشرة الزوجة على المظاهر قبسل دفع الكفارة وهي عبارة عن تحرير رقبة أي انسان مستعبد فأن لم يجد فصيام شهرين متسابعين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ ثُمُّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَستَظِعْ فَإِطْهَامُ سِتِينَ مستَعِنَ مَسْتَظِعْ فَإِطْهَامُ سِتِينَ مستَطِعْ المَاهِمَامُ سِتَينَ

⁽١) سورة الجادلة - الاية: ١.

⁽۱) سورة المجادلة- الاية:٣-٤.

عاشرا: مبدأ البراءة الاصلية

أجمع علماء المسلمين على ان الاصل في الانسان براءة ذمته ذلك لان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام مدنى أو جنائى وله قبل ولادته اهلية وجوب الناقصة المسلاحية بان يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة اهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فان الاصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنيسة والجنائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضى ان يتعامل مع المدعى عليه على اساس هذا المبدأ بان يعده بريئا عن كل تهمة وجهت اليه حتى ينبت خلاف ذلك وتثبت ادانته.

ومصدر هذا المبدأ هر القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهيسة الكليسة والعقسل السليم:

١- القرآن:

نص القرآن الكريم في ايات كثيرة على براءة ذمة الانسان من الالتزمات الجنائية وعسدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغا بنصوص التجريم والعقاب لان القرآن اول شريعة اقرت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) ومن الايمات الدالمة على هذا البدأ قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذَّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾(١١) وقوله ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَثُلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾ (١٠).

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الاحاديث النبوية وجد كثعا من اقوال وافعال الرسول تسدل مسراحة علسي السيماءة الامسلية لذمسة الانسسان منسه قولسه (紫): (ادرؤوا الحسدود بالشبهات)(١٣)، وقوله (ﷺ) (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانبة فقند ظهس منها الربة في منطقها وهيأتها ومن يدخل عليها)(١)، وقوله (美): (البينة على من ادعى

سورة الاسراء- الآية: ١٥.

سورة القصص الآية- الاية ٩٥.

في رواية: (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا) رواه ابن ماجة، نيل الاوطار: ١١٧/٧.

رواه ابن ماجة، نيل الاوطار: ١١٧/٧.

للبـــادئ العامــة لعدالــة القضـاء في الإســادي العامــة لعدالــة

واليمين على من أنكر)، وقوله (ﷺ): (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)(١١).

٣- القواعد الفقهية العامة منها:

أ- الاصل بقاء ما كان على ما كان^(۲).

ب- القديم يترك على قدمه (٢).

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم (١).

رب زدني علما والحقنب بالصالحين

⁽۱) صحیح مسلم: ۱۳۳٦/۳.

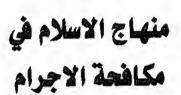
⁽٢) عِلْة الْأَحْكَامِ الْعَدَلِيةِ: م/ه.

^(۲) الجِلة م/٢.

^{(&}lt;sup>4)</sup> الجِلة م/٩.













منذ الخليقة انقسم العالم البشري إلى معسكرين: معسكر الخير ومعسكر الشر فاقتضت هذه السنة للحياة أن تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتقبود المركب المتزاحم المتصارع إلى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف.

وانبثاقا من هذا الواقع البشري أخذ المصلحون والمفكرون من العلماء والفلاسفة يبحثون عن مصدر هذا الخير وذاك الشر محاولين الحصول عليه في الفطرة الانسانية، غير أن آراءهم تباينت وأنظارهم تضاربت كالآتى:

أ- قال البعض (١): طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو انما يختار سلوك الشر بتأثير من عوامل طارئة على فطرته كالعوامل المادية (الطبيعية) أو الأنثروبولوجية (الفردية)، أو الاجتماعية أو الوراثية.. أو غير ذلك نما يضعه تحت كابوس الشهوات ويخضعه لسلطان النزوات.

وانتقد هذا القول بانه مخالف لكثير من المسلمات الفعلية والمألوفات العاديمة يقول "جالينوس" (٢٠): إن كان جميع الناس أخياراً بالطبع فمن علمهم الشر؟: ان علمهم غيرهم فهذا الغير شرير فليس الكل أخياراً، وان تعلموه من أنفسهم لميلهم اليه فالكل أشرار حتى وان وجد لهم الميل إلى الخير مادام ميل الشر هو الغالب.

ب- وأخذ البعض (٢) بعكس هذا الاتجاه وحكموا على الانسان بان فطرته مطبوعية على الشر فهو شرير بالطبع واذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لاسباب خارجة عن ذاته.

⁽۱) ومنهم سقراط (۲۹۹-۴۹۹ ق.م) الفيلسوف اليوناني من أثينا وهو لم يترك أثراً مكتوبا والها سجل حياته وتعاليمه تلميذه أفلاطون في عاوراته، واكسالوفون في مذكراته. وكان يعتقد أنه صاحب الرسالة في الاصلاح.

⁽٢) جالينوس (١٣٠-٢٠٠م) كاتب وطبيب يوناني له أكثر من خمسمانة مؤلف في الطب والفلسفة ينظر الموسوعة العربية الميسرة ص٩٧٥.

⁽٢) ومنهم اليسوعيون.

ويعتبر لومبروزو^(۱) من أنصار هذا الاتجاه حيث يرى ان ظاهرة الاجسرام تمشل ارتداد المجرم إلى اصل بدائي قديم يحمل في نفسه غرائز وحشية للانسان البدائي والحيوانات المنحطة.

وينتقد هذا الرأي عمثل من انتقد به الرأي الاول^(٢) إلى جانب ان العلم الحديث أثبت انه ليس لاية صفة من الصفات الجسمية او التشريحية قوة في حد ذاتها عكن ان تكون أساسا للنزعة الاجرامية.

ج- وذهب الفيلسوف الالماني "كانت" إلى ان الطفل غير المميز لا توصف فطرت بالخير والشر لانه لا يدرك ما يفعل ولا يعني ما يصدر عنه من التصرفات.

وينتقد بانه قد خلط بين مناطق المسؤولية وبين الفطرة.

والواقع ان الانسان ليس خيما بالطبع ولا شريرا بالطبع بل هو وسط بين عبالم الملائكة المذين لا يحملون سوى الطاقة الخيمة ﴿لَا يَعْصُونَ اللَّهُ مَا أَمْرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ (٢) وبين عالم الحيوان الذي لا يملك مناط المسؤولية.

اذا الانسان يحتوي في وقت واحد الطاقة الملكوتية التي تدفعه دومما الى الخير، والمنفس الحيوانية الامارة بالسوء، فعندما يولد معه الاستعداد لكل من الخير والشر، والعوامل الطارئة هي التي ترجع احدى الكفتين على الأخرى.

وقد نطق القرآن الكريم بهذه الحقيقة صراحة في قوله تعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَرَّاهَا فَالْهُمَهَا فُجُورَهَا وَتَقُواهَا قَدْ أَفْلُعَ مَن زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّاهَا ﴾ (٤).

وقد أعلن الاسلام منذ بدايته مبدأ (الوقاية خير من العلاج) لاسباب أهمها:

١- الوقاية تعني عاولة منع تكوين الشخصية الاجرامية منذ الطفولة.

٢- الوقاية تهي، الفرد لان يتخذ سلوكا مستقيما بمقتضى طبعه واندفاعه الذاتي بحيث يكتسب سلطة فعلية على سريرته.

⁽۱) ولد في مدينة بافيا عام ١٨٣٨م ينظر المرحوم الاستاذ عبدالجبار عريم نظريات علم الاجرام ص٧١-٨٠.

⁽٢) ينظر الاستاذ أحمد جاد المولى بك: مذكرات في الخير ص٥٠

⁽۲) سورة التحريم/٦.

^{٤)} سورة الشمس/ ٧-١٠.

- ٣- السياسة الوقائية تستند إلى أسس علمية وعملية بحيث يكون نجاحها في مكافعة
 الاجرام أمراً غير مشكوك فيد.
- ٤- الوقاية تتخذ منذ وقت مبكر وفي حالة يكون الانسان فيها في دور العجيئة لــــ مرونة قابلة للانطباع بما يملى عليه.
 - ٥- عدم وجود جدوى العلاج بالنسبة للمحترفين للجريمة.
- وهذه الاسباب وغيرها هي سر تركيز الاسلام على الطرق الوقائية أكثر من تركيزه على الوسائل العلاجية.

ويتناول هذا البحث كلتا الطريقتين (الوقائية والعلاجية) ضمن فصلين.

الفصل الأول الطرق الو**قائية لكافحة** الاجرام

قلنا ان الاسلام أعار أهمية كبيرة للطرق الرقائية وهي من حيث طبيعتها وملائمتها لمراحل حياة الانسان تنقسم الى قسمين:

قسم منوط بالتكوين الشخصي الصحيح للانسان ونشاته نشأة سليمة، والقسم الآخر يتعلق بتهذيب سلوكه من طريق تقوية صلته بريه الذي هو رقيب على ظاهره وباطند. وهذا منا نبحثه في المبحثين التاليين:

منهــــاج الاـــــلام في مكافعـــة الاجـــرام

المبحث الأول الأسس التكوينية لسلوك الانسان

تساهم في التكوين السلوكي للانسان عوامسل كشيرة أهمها المنبست الصباغ، والحليسب الأصيل، والحليسب الأصيل، والحضانة السليمة، والتربية الصحيحة، والتعليم الحكيم السليم.

أولاً: اختيار منبت صالح للبنرة:

وحدة الرجل والمرأة في صورة الزواج الصحيح هو الاساس الطبيعي لبقاء النسوع البشسري وسلالته المتعاقبة.

فالغريزة الجنسية لم تخلق لتكون غاية لذاتها وانما هي وسيلة لشرة اسمى وهي استعرارية حياة بنى نوع الانسان بصورة تتلاثم مع الكرامة التي منحها الله اياه كسا ورد في القرآن الكريم ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَعْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطُيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّنَّ طُلَقْنَا تَغْضِيلاً ﴾ (١).

ولهذا تفرعت عن الغريزة الجنسية غرائز فرعية وهي:

أ- الغريزة الشهوانية الحيوانية التي تجذب أحد الجنسين نحو الآخر.

ب- غريزة العاطفة الروحية المهذبة (الحب المعنوي) بين الزوجين عن طريق بنساء الكيسان الزوجي.

ج- غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الاولاد من جهة اخرى حين قيام الاسرة.

وهذه الاخيرة هي أسمى الغرائز لان الاسرة أن صبحت صبح المجتمع، وأن فسيدت فسيد المجتمع.

⁽۱) سرة الاسراء/ V.

ولاجل أن ينبت الانسان نباتا حسنا ويصبح نبتة صالحة في بناء كيان المجتمع بعيدا عن كل نوع من انواع السلوك الاجرامي حدد الرسول الكريم (義) طبيعة اختيار شريكة الحياة في كثير من اقواله منها ما يلي:

أ- قال "أياكم وخضراء الدمن. قالوا: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء"(١).

وكلمة (اياكم) في هذا الحديث الشريف للتحذير من اختيار حسنا، نبتت من منبت السوء، وتربت تربية سيئة لانعكاس الاثار السلبية لهذا الاختيار على سلوك الاولاد.

ب- رقال (تخيروا لنطفكم فان العرق نزاع). وفي رواية أخرى: (تزوجسوا في الحجسر الصسالح فان العرق دساس) وفي رواية قال رسول الله (義): (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم)(٢). هذا ما قاله الرسول (義) قبل أكثر من اربعة عشر قرنا.

وقد اثبت علم الوراثة في العصر الحديث ان الاختلاف الأصيل في الصفات بين أفسراد النوع يرجع الى الاختلاف في صبيغات نواة الخلية.

ران هذه الصفات تنتقل من السلف الى الخلف عن طريق الارثة رهي جرثومة البروتوبلازم التي تنقل العوامل الوراثية التي تحويها "الموروثا".

على ان ما ينقل بالوراثة ليس هو الصفات ذاتها التي تبدو للعيان، وانما القدرة على حمل هذه الصفات (٢٠).

ج- وقال: (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء)(1) أمر الرسول العظيم (美) في هذا الحديث الشريف بان يخضع الزواج لشرط الكفاءة:

الكفاءة في الدين والاخلاق، والكفاءة في السن، والكفاءة في الحرف والمهن، والكفاءة في المركب والمهن، والكفاءة في المستوى الثقافي والمركب الاجتساعي.. حتى يسدوم النزواج بعيدا عن الشقاق والخلافات العائلية، والمشاكل البيتية التي لها تأثير سيء على سلوك الاولاد.

د- وقال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها ضاطفرت بذات الدين تربت يداك"(١).

⁽۱) جامع الاحاديث لجلال الدين السيوطي، ١٠/٥٦/١.

⁽۲) السنن الكبرى للبيهقي، ۱۳۳/۷.

⁽٣) أنظر الدكتور عمد أحمد خليقة: مقدمة دراسة السلوك الاجرامي طبعة ١٩٦٢ ص٥٧.

¹⁾ المرجع السابق.

إن أهم العوامل التي تدفع الرجل إلى أن يقع اختياره على امرأة معينة هي: أما لانها صاحبة مال يطمع في مالها، أو لانها من ذوات الحسب الذي يعده الناس من مفاخر الاباء، او لجمالها لان الجمال مطلوب في كل شيء ولاسيما في المرأة، او لدينها وأخلاقها وسلوكها الجمد:

ويؤكد الرسول (ﷺ) ان الدافع الذي يخضع له الانسان يجب ان يكون العامل الأخير مسن العوامل الأربعة اذ به يتم كيان الأسرة السعيدة الصالحة لانجاب الأولاد الصالحين، وبخلاف ذلك يلاقى الزوج المذلة والمسكنة. وتعبير (تربت يداك) يعني التصاقهما بالتراب وهو كناية عن المذلة التي تواجه الزوج اذا لم تلتزم الزوجة بالدين والاخلاق، وهذا ينطبق على البنت التي تختار شريكا لحياتها.

ثانياً: الحليب الأصيل:

أعطى "الاسلام عناية كبيرة لارضاع الطفل من حليب الأم لما له من التأثير في تكوين شخصيته وسلوكه في المستقبل، لهذا بل ولاكثر من هذا أمر القرآن الكريم بأن يكون الارضاع من حليب الأم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَا أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (٢).

فهذا النص وان ورد على شكل جملة خبرية الا انه في الحقيقة والمعنى جملة انشائية فطلب من الامهات على وجه الحتم والالزام ان يرضعن بانفسهن اولادهن ان امكن ذلك.

واسلوب الطلب في صورة الخبر يعتبر فنا رائعا من فنون البلاغة ويدل على أهمية الحكم. وانبثاقا من تأثير الحليب على سلوك الرضيع اشترط الاسلام في المرضعة أما كانت أم غيرها أن يكون سلوكها حسنا.

⁽۱) فتح الباري شرح صحيح البخاري للامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني- كتاب النكاح . ١٣١/٩

⁽٢) سورة البقرة/٢٣٣.

ثالثًا- الحضانة السليمة:

للعضانة تأثير كبير في سلوك المعضون لانه يقلد الحاضنة لا اراديا في اقوالها وافعالها، وفي صفاتها واخلاقها، وفي عاداتها وتقاليدها.. كما يقلدها تلقائيا في تعلم لغتها.

ولأهبية الحضانة في سلوكية الطفل اشترط الاسلام في الحاضنة ان تكون اهلا لهذه الرسالة الانسانية: بأن تكون عاقلة قوية امينة صادقة في أقوالها وأفعالها، مهذبة في أخلاقها وسلوكها.. ولكل ما يتلقاه الطفل من الحاضنة في مرحلة الحضانة من الشفقة والمحبة والمودة والانسجام والوثام والابتسام.. تأثير فعال في معاملة هذا الطفل في المستقبل مع ابناء مجتمعه بنفس الاسلوب الذي عومل به في تلك المرحلة.

وأعطيت للأم الأسبقية في ممارسة مهسة الحضانة في الشرع والقانون لوفرة شفقتها وعطفها وصلتها وتفانيها.. وأكد الرسول العظيم هذه الحقيقة في قضائه وتبعمه الخلفاء الراشدون:

قالت امرأة يا رسول الله: ان ابني هذا كانت بطني له وعاء، وثني له سقاء، وحجري له حواء، وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها: (انت أحق به ما لم تنكحي) (١١).

ولما خاصمت زوجة عمر بن الخطاب شه بعد الطلاق الى أبي بكر الصديق شه حين أراد عمر ان تكون له حضانة ولده منها: قال ابو بكر: (الام أعطف، والطف، وارحم، واحسى، واخير، وارأف، هي أحق بولدها مالم تتزوج)(٢).

رابعاً- التربية البيتية الصعيعة:

الأسرة هي المجتمع الصغير الذي يسلم الغرد إلى المجتمع الكبير لذا فان كل ما يجنيسه من الأول تنعكس آثاره على الثاني.

وبناء على ذلك أعطت الشريعة الاسلامية اهمية كبيرة للأسرة في دورها الوقائي لانها تستقبل الطفل وهو بعد عجينة مرنة يقبل كل حجم تمليه عليه الاسرة الستي هي معرض واسع لكل لون من الوان الحياة الاجتماعية منها، والاخلاقية، والثقافية وغيرها.

⁽١) سيل السلام ٢٩٩/٣.

⁽٢) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد ١٢٣/٤.

وفي الاسرة يتم نسيج العلاقة الوجدانية التي تربط الفرد بالحياة الخارجية ويأخذ طبعه النهائي في السنين الاولى من الحياة فالحدث في الاسرة يفهم الحياة وفيها يجوع ويشبع ويطمع، وفيها يكتسب الحب والحقد، وفيها يميل الى اختيار السلوك العدل او السلوك الاعوج.

ويتعبير آخر: الاسرة وعاء تنضح فيه الروح الاجتماعية او تحتى.

فالطفل في ادرار حياته الارلى يبحث عن نموذج يقتدى به رهو يحاول ان ينتزع هذا النموذج من عيطه الذي ينشأ فيه.. وبما ان الاسرة هي التركيبة الاجتماعية الستي يفتح عينيه عليها والحضن الذي يترعرع في كنفه فانه ينزع غالبا الى اكبار ابيه لانه الشخص الاقوى والامثل في الاسرة ولهذا النزوع الفطري يجب على الاب ان يتصرف في البيت بحكمة تامة تجاه نفسه وزوجته واولاده حتى يقي نفسه واهله من الانحراف نحو السلوك الاعوج.

كما امر بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً ﴾ (١) وعلى الابوين أن يكونا قدوة غوذجية لاولادهما في الاخلاق الفاضلة والسلوك الجيد. والا يتصرفا بخلاف ما هو المطلوب من الاولاد أن يعملوه وقد ندد بهذا الاسلوب القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنسَوْنَ أَنفُسَكُمْ ﴾ (١).

خامساً- التمليم السليم الحكيم:

من الغني عن البيان: أن الجهل مصدر أكثر الامسراض الاجتماعية، كمالتخلف والفقس والاجرام والجنوح.. وأن العلم هو أساس كل تقدم في ميدان الحضارة، وتسأمين الحيساة الكريمة، ومكافحة الجرعة..

لذا أولت الشريعة الاسلامية اهتماما كبيرا للتعليم والتعلم بحيث جعل اول طلب موجمه الى المجتمع البشري هو الامر بالقراءة ﴿ اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ اللَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنسَانَ مِنْ عَلَى اللهِ اللهِ عَلَى اللهِ اللهِ عَلَى اللهِ اللهِ عَلَى اللهِ اللهِ اللهِ اللهِ عَلَى اللهِ ال

وقد كان سيدنا عمد (ﷺ) هو المعلم الاول لامته يعلمهم الكتباب والحكسة كما يقول سبحانه وتعالى ﴿يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا رَيُزَكِيكُمْ رَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْعِكْمَةَ رَيُعَلِّمُكُم﴾ (١٠).

⁽۱) سورة التحريم/**٢**.

⁽٢) سورة البقرة/٤٤.

⁽٢) سورة العلق/١، ٢.

⁽¹⁾ سورة اليقرة/١٥١.

وكان هو اول من طبق نظام التعليم الالزامي ومكافحة الامية حين جعل فدية كل اسب من اسرى بدر الكبرى تعليم عشرة من اولاد المطمين القراءة والكتابة.

ولم يكتف بهذا القدر بل ذهب الى اكثر من ذلك فرفع التمييز الجنسي في ميدان التعليم فقال: (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة)، وفي رواية (طلب العلم فريضة على كل مسلم وان طالب العلم يستغفر له كل شئ حتى الحيتان في البحر)(١) ولفيظ مسلم في هذه الرواية يشمل المسلمة أيضاً.

وأقر القرآن الكريم قبل القانون الوضعى بمنات السنين نظام البعثات وفكرة التنقل من بلد إلى آخر لغرض تحصيل العلم فقال سبحانه وتعالى: ﴿ فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلُّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائفَةٌ لَيْتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ (٢١). وانذار القوم يدخل في مفهومه منعهم من السلوك الاجرامي، ومن عمل كل شر عبن طريق العلم والتوجيسه

وهذا قليل من الكثير بالنسبة للاهمية التي اعطاها الاسلام للعلم. كسلاح يستخدم لمقاومة الشر، ولتوفير النفع والخير للمجتمع البشري.

ومرد هذا الاهتمام الى أن الانسان بالعلم يستطيع أن يميز الصالح من الطالح، والنفع من الضرر، والخير من الشر والطيب من الخبيث، والسلوك الصحيح من السلوك الاعوج..

ويذلك يمكن القول بان الاسلام اعتبر المؤسسة التعليمية من اقوى وسائل مكافحة الأجرام. كما اعتبر المعلم هو المسؤول الثاني بعد الأبوين عن سلوك الأحداث، وعن وقايتهم من الجنوح.

ولكن يجب أن لا ننسى أن المؤسسات التعليمية في حياتنا المعاصرة كما هي أداة تهذيب وتثقيف وتقديم للشخصية فانها قد تكون سببا لجنوح الاحداث، وذلك لاهمال الجانب الروحي والتربية الاخلاقية فيها. وفي نظر الاسلام المؤسسات التعليمية من المؤسسات الدينية التي يجب ان تهتم بالجانب الروحي والمادي معا.

ورسألة المدرسة لا تقتصر على تلقين التلاميسذ العلسوم المجسردة ولا تقسف عنسد تعلميم القراءة والكتابة او الحساب والهندسة والكيمياء والفيزياء او غير ذلك.

صحيح وضعيف الجامع للشيخ الالباني ٢٦٠/١.

سورة التوية/١٢٢.

وانما ينبغي عليها ان تركز على الجانب الروحي ايضا وان تلقن الاحداث حسن التهيسة والاداب والقيم العالية والمثل السامية، والالتزام بالواجبات الدينية والاجتماعية الى جانب الالتزام بالواجبات التثقيفية المادية او الحضارية بالمفهوم الحديث.

المبحث الثاني الطرق الروحية الوقائية

بعد اجتياز الانسان مرحلة نقص الاهلية يأتي دور الوسائل الوقائية الروحية التي تتمثل في احكام تكليفية تنظم علاقة الانسان مع خالقه وتبدأ بالايمان بالله وتنتهي بما يتفرع عن هذا الايمان من العبادات بكافة انواعها سواء أكانت بدنية عضة كالصلاة والصيام، ام مالية عضة كالزكاة، ام بدنية ومالية كالحج.

فهذه الاحكام الشرعية التكليفية ان تم اداؤها بصورة صحيحة تولد طاقة روحية تحول بين القائم بها وبين كل عمل اجرامي كما يتجلى ذلك من الايضاح الآتي:

اولا- اهمية الايمان بالله في الوقاية:

الايمان بالله هو اول واجب عقلي وشرعي على كل انسان مكلف يعيش على بساط كركب الارض او في اي عالم آخر ان وجد فالايمان بالله هو المنطلق الاول للانسان نحو النمو والتقدم والتطور في المجالين الروحي والمادي. فالجسم بلا ايمان كهيكل بلا روح.

فلايمان عمود فقري لكافة الوان الحياة السعيدة للبشر فمن لا عقيدة لمه لا التنزام لمه، ومن لا التزام له لا يكون آهلا لتسلم اية مهمة.

ان القيم الانسانية والمثل العليا التي امتزجت بقواعد التشريع من البر والاحسان، والتكافل والوثام، والاخوة والايثار.. تستمد معاييها وتدعيمها من ينبوع وأحد وهو الايمان بالله (۱).

⁽١) ينظر فلسفة الشريعة للمؤلف، ص٤.

فالايمان بالله يراقب العاصل في معمله، والفلاح في مزرعته والمرظيف اثنياء اداء عمله، والمعلم في مدرسته، والجندي في ساحة معركت والام في بيتها، والسلطة حين عارسة مسؤولياتها.

ثنانيا- الصلاة ودورها الوقائي:

يقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَقِم الصُّلَّاةَ إِنَّ الصَّلَّاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء ﴾ (١).

الصلاة تنهى وتمنع المصلى عن العمل الفاحش والتصرف المنكر، فهي وسيلة فعالة من الوسائل الوقائية لمكافحة الاجرام، ان اقيست بروحها لا بشكلها ومحقيقتها وجوهرها لا كعمل اعتاده المناس تقليدا للآباء يندفعون اليها دون الشعور بمغزى وحقيقة الهدف المقصود منها.

فالصلاا المطلوبة هي تلك الصلاة التي تقوى صلة العبد بالمعبود وتزيد روح الاستقلالية والشعور بالعزة والكرامة كلما كرر لسان المصلي ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾.

ثم أن الصلاة منوسة للتمرين على الطهارة طهارة الجسم، وطهارة اللباس، وطهارة المكان، لان هذه النظافات كلها شروط لصحة الصلاة.

فالنظافة القلبية المكتسبة من هذه الطاعة الروحية طاقة فعالة تدفع الانسان الى الحير وتقيد دوما من الشر ودوافعه.

ثالقًا- الصيام والوقاية عن الاجرام

الصيام رياضة روحية تهذيبية لسلوك الانسان له تأثير كبير في الوقاية واكتساب المناعسة ضد الاجرام. ولهذا العمل الروحي ثلاث مراتب من حيث الاهمية في توليد الطاقسة الروحيسة التي تقي الانسان من الافراف فو السلوك الاجرامي.

للرتبة الأولى:

الامساك عن الطعام والشراب والشهوات وهذا هو الصوم الطاهري الذي يكتفي به اكثر الناس لذا لا نرى له اثرا فعالا في تقويم سلوكهم.

⁽أ) سورة العنكبوت، ٤٥.

للرببة الثانية:

صوم الجوارح والاعضاء الحية في جسم الانسان وهر امساكها عن استخدامها في تنفيذ الاجرام: فصوم الايدي امساكها عن امتدادها نحو التجاوز على حتى الفير: وصوم الارجل امساكها عن المشي عليها وراء عمل الشر، وصوم اللسان حفظها عن الكلام المؤذي وعن التطاول على اعراض الناس وصوم العيون غضها عن عورات الناس، وصوم الآذان سدها عن الاصغاء لكل باطل.

المرتبة الثالثة:

صوم القلوب: وهو تطهير النفوس عن شوائب الرذيلة كالحقد والحسد والبغض والانانية والتكبر والطغيان..

اثر العبيام في السلوك البشري: في الصوم تعويد على الصبر والصبر قمة الاخلاق، وروح الفضائل في الصوم تعويد على ان يراقب الانسان نفسه بنفسه، وان يحاسب نفسه قبل ان يحاسبه الغير، لان طبيعة الصيام عمل ذاتي لا يطلع عليه غيره. في الصوم وحدة الذات ظاهرا وباطنا وسرا وعلنا، في الصوم تخلص من ظاهرة الازدواجية والنفاق لانه عبادة تختلف عن بقية العادات في حقيقتها وسريتها.

رابعا: الحج واهميته:

الحج خلافا لما يتصوره كثير من الناس ليس صك الغفران ولا بطاقة لدخول الجنة. والحجاج حين يكونون في زي موحد (الاحرام) متوجهين الى قبلة واحدة (رمز الوحدة) خاشعين لذات واحد (الله جل جلاله) يتجردون عن صفاتهم الرذيلة من الانانية والاغيماز، والتعصب الاقليمي او المذهبي او الطائفي.

فغي هذا الجو المشحون بالايمان وروح الوحدة يتبادلون الاراء ويناقشون اسباب المشاكل، ويقدمون الحلول.

فبهذه الطريقة الروحية الجماعية التضامنية يستطيعون ان يتغلبوا علبى شرور انفسهم وكيد اعدائهم.

خامسا- الزكاة ومكافحة الاجرام

نسب اغلب المفكرين من الفلاسفة ورجال القانون جنوح وانحراف الانسان في المجتمع الى الاسباب الاقتصادية واعتبروا الحاجة والعوز والفقر من اهم العوامل التي تدفع المعدم الى اختيار سلوك مئتو.

وقد اهتم الاسلام بحل مشكلة الفقر فوضع لها طرقا كثيرة ومن اروعها تشريع نظام الزكاة التي هي عبارة عن تحديد نسبة منوية تؤخذ من اموال الاغنياء وتدفع للفقواء والمساكين.

وقد نص على فرضية الزكاة القرآن الكريم في نصوص كثيرة منها قولمه تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾(١).

وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لُّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ (٢).

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاء وَالْمَسَاكِينِ وَالْفَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُوَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِسِي الرِّقَابِ وَالْفُ عَلَيْهَا وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (٣). الرِّقَابِ وَاللَّهُ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (٣).

والصدقات هي الزكاة وهي حق الفقراء وواجب على الاغنياء قرره الاسلام، نان لم يسؤه الاغنياء هذا الواجب باختيارهم تجرهم عليه السلطة بل قد تحاربهم ان اقتضى الامسر ذلك كما فعل الخليفة الاول مع اهل الردة. والاموال التي تجب فيها الزكاة حددها الاسلام بما يلي:

- ١- المحصولات الزراعية: ففيها العشر ان سقيت سيحا او ديما والا ففيها ٢,٥٪.
 - ٧- النقود المعدنية والورقية، والاموال المرصدة للنماء ففيها ٢,٥%.
- ٣- الحلى والاواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هـ مصنوع منهما مـن ادوات الزينة، وأموال التجارة، واسهم الشركات.. وفيها ٢,٥,
 - ٤- رأس مال المصانع والمعامل وارباحها في نهاية كل سنة وفيها ٢,٥%.
- ٥- السيارات والأدوات والالات المستعملة لغرض التجارة والاستثمار على اساس الاقسل
 من قيمتها خلال السنة وفيها ٥/٢٪.
 - ٧- ايجار العقارات من الدور السكنية والفنادق وغيرها.. وفيها ٢,٥ %.

⁽۱) سورة الذاريات ۱۹.

^(۲) سورة المعارج ۲۵، ۲۵.

^(۱) التوبة ۲۰.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقر والابل)، اذا حال عليها الحول وكانت سائمة اي ترعى
 الكلأ، وغير معلوفة ولا عاملة وتؤخذ الزكاة من هذه الاموال بنسب معينة وبشروط
 مبينة في كتب الفقه.

وما يدفع للفقير من حصيلة الزكاة يمكن ان يغنيه عن اخذها مستقبلا لانه قد يستطيع ان يكتسب بما يأخذه من الزكاة موردا للمعيشة، ويصير قادرا على دفع الزكاة للآخرين في المستقمل.

ويعود سر اعتبار الزكاة وسيلة من وسائل مكافحة الاجرام الى اسباب اهمها ما يلي: أ- القضاء على مشكلة الفقر والحاجة بصورة تدريجية.

ب- تضييق نطاق التفارت الطبقي بين الطبقة الغنية والطبقة الفقيرة، فالفقير يصعد والغني ينزل الى ان يلتقيا في مستوى واحد، او يتقاربا.

ج- الوقوف ضد طغيان نفس الغني الذي ينشأ عن شعوره باستغنائه كما صرح بمذلك القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ كُلًا إِنَّ الْإِنسَانَ لَيَطْغَى أَن رَّآهُ اسْتَغْنَى ﴾ (١١). فالزكاة تزكى المزكي من هذه الصفة الرذيلة وفقا لقوله تعالى: ﴿ خُدْ مِن أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ (٢).

د- عندما يشعر الفقير بان له نصيبا من مال الغني عليه ان يدفعه له وجوبا والزاما لا صدقة وتفضلا يعتبر نفسه شريكا له فيتمنى له ازدياد المال بدلا من ان يتمنى زواله، ويكن له الحب والود بدلا من ان يحسده ويحقد عليه، ويتعاون معه بدلا من ان يعتدي على حياته او امواله.

يا حبذا لو كانت في كل بلد اسلامي وزارة او مؤسسة عامة للزكاة تقوم بهذه المهمة والتي لا تقل اهمية عن مهمة وزارة الاوقاف.

^(۱) سورة العلق ٦.

⁽۱) سورة التوبة (۱۰۳).

الفصل الثاني الطرق العلاجية

الطرق العلاجية في الاسلام ليست عقابية فحسب كما هو الشأن في القانون وانما هي امسلاحية وعقابيسة لان الغايسة الحقيقيسة الرئيسة هي تحقيق اصلاح الجاني واذا امكن ذلك بغير العقاب فانعه يعتبر اولى وافضل من اللجوء الى العقاب. ونحاول استعراض نماذج لكلتما الطريقتين (العلاجية الاصلاحية والعلاجية العقابية) في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول الوسائل العلاجية الاصلاحية

من البدهي أن العقاب كالجرعة ضرر يلحق الاذى بأفراد المجتمع واختيسار الأول لمدفع الثاني أنما هو استثناء يلجأ اليه للضرورة.

واذا امكن ان يستعاض عنه بأمر آخر فيختار هذا البديل تجنبا عن دفع الضرر بالضرر. وهذا ما اقره الاسلام بعد ان قرر ان الغاية الرئيسة من العقاب انما هي الاصلاح وليست انتقاما.

ومن الطرق الاصلاحية المقررة في الاسلام: توبة المجرم، وتصالحه مع المجني عليه او الورثة، والزامه برياضة نفسية تهذب سلوكه. وهذا ما نروم استعراضه بايجاز فيما يلى:

اولا- التوية:

التوبة: تعني الرجوع والعودة وطلب الوقاية، والبعد عن شر ما يخاف الانسان في المستقبل من سيئات اعماله.

وعرفها العلماء بانها الرجوع الى الله تعالى بالتزام فعل ما يجب وترك ما يكره، وصورها البعض بانها العلم بضرر الذنب، وتألم القلب، والندم على ما فات، والقصد الى التخلص من الذنب وترك المعصية في الحال والعزم على عدم العودة اليها في المستقبل(١١).

وني بعض الحالات وظروف معينة يقدر اعتبارها ولي الأمر او من عثله (القاضي) اذا تعهد المجرم امام الله وامام المجتمع بعدم الرجوع الى الجرعة، وبالكف النهائي عن الميل المتيار اي عمل يلحق الضرر بالفع، وباصلاح نفسه.

فان هذه التوبة تكون مبررة لاسقاط العقوبة واعفاء المجرم منها. وقد قرر القرآن الكريم ذلك في اخطر الجرائم (جرائم الحدود).

۱ ينظر الدكتور احمد الشرباصي: اخلاق القرآن ۳/۲ ٥.

أ- ففي جرعة الحرابة (قطع الطريق): قال سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاء الَّـذِينَ يُحَـارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَة عَدَابٌ عَظِيمٌ مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [1].

فهذا النص صريح في اسقاط عقوبة الدنيا والاخرة في اخطر الجرائم بالتوبسة اذا تمت هذه التوبة باختيار المجرم قبل القاء القبض عليه.

ب- وفي جريمة القذف قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُسُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَـمْ يَسَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثُمَانِينَ جَلْدَةٌ وَلَا تَعْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبُداً وَأُرْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِـقُونَ إِلَّا اللَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (٢).

فهذا النص حرم القذف قطعا لالسنة الناس ومنعا لتطاولها على اعسراض الناس وقرر للقاذف الذي يتهم امرأة عصنة (شريفة) او رجلا عصنا (شريفا) بتهمة اخلاقية (جريمة الزنا) ولم يستطع اثباتها باربعة شهداء ثلاث عقويات اولاها (ثمانون جلدة) عقوية بدنية لا تسقط بالتوبة لما فيها من الحق العام (حق الله) والحق الخاص (حق المقذوف).

اما الثانية (عدم قبول الشهادة) والثالثة (الفسق) فانهما ادبيتان من حقوق الله فتسقطان بالتوبة واصلاح النفس.

ثانيا- الرياضة النفسية (الصيام):

الزم الاسلام بعض المذنبين باصلاح انفسهم عن طريق الصيام الذي هو عبارة عن رياضة نفسية بالكف عن الاكل والشرب والجنس وغير ذلك عما تشتهي الانفس.

فالصيام كما بينا في موضوع الوسائل يهذب الاخلاق ريقوم السلوك، وقد فرضه القرآن على المذنب بدلا من العقاب في حالات القتل خطأ، والظهار، وهتك حرمة رمضان المسارك عباشرة زوجته وهو صائم، وحنث اليمين، وفي بعض الذنوب الاخرى.

أ- ففي القتل خطأ تجب على القاتل كفارة مالية: وهي تحريد انسان استعبد مسن

⁽۱) سورة المائدة ۳۲، ۳٤.

^{&#}x27; سورة النور ٤، ٥.

استعباده فان لم يجد ذلك كما في عصرنا يجب عليه صيام شهرين متتابعين، هذا بالاضافة الى الدية التي تجب على العاقلة.

وذلك وفقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنَ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَناً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خِطَناً فَتَعْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدُّقُواْ فَإِن كَانَ مِن مَوْمِناً خَطَناً فَتَعْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مَيْثَاقٌ قَوْمٍ عَلْما لَكُمْ وَهُو مَوْمِنَ فَتَعْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً فَمَن لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَسَابِعَيْنِ فَدَيَةً مُّنَ اللّه وَكَانَ اللّه وَكَانَ اللّه عَليماً حَكِيماً ﴾ (أ).

ب- وفي الظهار (وهو تشبيه زوجته باحدى عارمه كان يقول لها انت على كأمي ار انت علي كظهر أمي): يجب عليه تحرير انسان مستعبد من استعباده فسان لم يحد فعليه صيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكينا كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نُسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَعْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسًا وَلَيْهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَن لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسًا فَمَن لُمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾ (٢) مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسًا فَمَن لُمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾ (٢) .

ثالثًا- المفو والصلح:

امر القرآن الكريم بالعفو لان العفو عند المقدرة فضيلة، ورمز لعلو الهمة، ولان مقابلة السيئة بالحسنة ربما تكون اوقع في النغوس واكثر تأثيرا لرجوع المسيء الى صوابه، ولاهمية العفو في تعديل التوازن المختل اذا استخدم في مكانه امر به القرآن الكريم وشجع عليه الانسان واعتبه من صفات المحسنين والمتقين، ووعد من يختار ايشار العفو على العقاب بالاجر والثواب من عنده في الدنيا والاخرة في نصوص كثيرة منها.

أ- قوله تعالى ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالأَرْضُ أُعِيدَتْ لِلْمُتَّقِينَ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَسِيْظَ وَالْعَافِينَ عَسَنْ النَّسَاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسَنِينَ ﴾ (1).

⁽۱) سورة النساء/۹۲.

⁽٢) أي قبل أن يتعاشرا جنسيا حيث تحرم عليه الى أن يقوم باداء الكفارة المالية أو البدنية.

⁽T) سورة الجادلة ٣، ٤.

^{(&}lt;sup>4)</sup> سورة آل عمران ۱۳۳، ۱۳٤.

هذا النص جعل كظم الغيظ والعفو عند المقدرة من صفات المعسنين والمتقين النين يستحقون الجنة لقاء تحليهم بهذه الفضيلة. فالعفو ان كان جميلا وحسنا في حمد ذات فهو اجمل وافضل اذا كان من الاعلى للأدنى، وممن القادر للعاجز، وممن القوي للضعيف ومن الحاكم للمحكوم.

ب- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسْتَوِي الْحَسْنَةُ وَلَا السَّيِّنَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَا كَانَّهُ وَلِيَّ حَمِيمٌ وَمَا يُلَقَّاهَا إِلَّا الَّذِينَ صَبَرُوا وَمَا يُلَقَّاهَا إِلَّا ذُو حَسَلًا عَظِيم ﴾ (١٠).

رصف القرآن الكريم في هذا النص درجة دفع السيئة بالحسنة والسماحة التي تستعلي دفعات الغيظ والغضب بانها فضيلة لا ينالها الانسان العادي لانها قسة الهمسم العالية.

وانما يستحق حيازة هذه الدرجة شخص ذر حظ عظيم في الايمان بربه، وفي فهم الحياة فهما صحيحا، وفي التوازن الذي يعرف متى تكون السماحة ومتى يكون الدفع بالحسنى.

ج- قوله تعالى ﴿ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ ﴾ ["

في هذا النص الكريم امر الله سبحانه وتعالى نبيه عمد (幾)، ان يتبع في حكسه وقضائه ومعاملته مع المسيئين اسلوب العفو والمغفرة اذا رأى في ذلك دافعا الى اصلاحهم لان مهمة الحكم هي الاصلاح لا الانتقام.

فاسلرب اللينة والتسامح كان من الصفات البارزة التي تحلى بها الرسول العظيم محمد (ﷺ). وبعد عون الله تعالى كان اتباعه لهذه الطريقة الحكيمة من أهم أسباب نجاحه في اداء مهمة الرسالة وكسب النصر على اعدائه في الداخل والخارج، كما نطق بذلك قوله تعالى ﴿فَيِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًا عَلِيظا الْقَلْبِ لاَنفَضُواْ مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَسَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكّلْ عَلَى اللّهِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ المُتَوكِّلِينَ ﴾ (١٠). وما أعظم هذا المنهاج الرائع الحكيم للاستعانة به في الاصلاح ومكافحة الاجرام.

⁽۱) سورة فصلت ۳۵، ۳۵.

⁽۲) سورة آل عمران ۱۵۹.

⁽السورة آل عمران ١٥٩.

المبحث الثاني

الطرق العلاجية العقابية

الاسلام لم يهمل العلاج العقابي بل أمر به مع المحاولات الوقائية والاصلاحية في اصلاح المسيئين ومكافحة جراثم المجرمين.

والقرآن الكريم وان كان هو الدستور الاول في العالم اقر قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبية الا بناء على نص او قانون)) (١) في قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَنَّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ (١) ان وظيفة الدستور هي وضع المنهج العام المبني على الاسس والقواعد العامة دون الدخول في التفصيلات والجزئيات. وبناء على ذلك اتبع في تجريم الافعال وتحديد العقاب لها الاسلوب الاتى:

أ- قسم الجرائم الى قسمين رئيسين (٢): (جرائم الحدود وجرائم التعازير):

بغنص على تجريم بعض الافعال وحدد عقوباتها لخطورتها ومسها المباشر لحياة الفرد والمجتمع كجرعة القتل، والسرقة، وقطع الطريق، والردة، والزنى، وتعاطي المسكرات. وسميت هذه الافعال في عرف فقهاء المسلمين بجرائم الحدود لتحديد التجريم والعقباب فيها بالنص.

غير أن جرعة القتل والاعتداء على سلامة حياة الانسان افردت بتسمية خاصة (جرعة القصاص والدية) لان عقابها قابل للتعديل فللمجنى عليه أو وريشه حتى العفو، والعدول إلى التعويض، (الدية)، أو المطالبة بتنفيذ القصاص. كما صرح بذلك القرآن الكريم (وَمَن تُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَليّه سُلْطَاناً) (1).

اما جرائم التعازير فه*ي التي لم تحد*د بالنص ولا من قبل أهل الشــورى وهــي عبــارة عن الانواع الثلاثة التالية:

⁽¹⁾ ينظر فقرة (ب) م ٢١ من الدستور العراقي المؤقت.

⁽۲) سورة الاسراء ١٥.

⁽٣) وهي تفصيلا ثلاثة اقسام: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير.

⁽¹⁾ سورة الاسراء ٣٣.

- ١- كل جريمة من جرائم الحدود تخلف شرط من شروط ثبوتها او تنفيذ عقوبتها تتحول
 الى جريمة تعزيرية لا تطبق عقوبتها المحددة، وانما يترك ذلك لتقدير ولي الامر،
 كجريمة الزنى اذا لم تثبت باربعة شهود، او باقرار المجرم.
- ٢- كل جريمة نص عليها القرآن الكريم ولكن ترك عقوبتها لسولي الامسر واهسل الحسل والعقد، كجريمة التجسس، وخيانة الامانة، واكسل الربسا، والغصسب، وشهادة السزور، والرشوة.
- ٣- كل فعل يضر بالمصلحة العامة حسب الموازين الشرعية يجوز لولي الامر المسلم ان
 يعتبره جريمة يحدد له عقوبة بعد مشاورة اهل العلم والشورى.
- ب- العقوبات المقررة بالنص لاصلاح المجرم ومكافعة الاجرام هي: الاعدام، والقطع،
 والجلد، والنفي، والحرمان من المياث، والكفارة المالية (الغرامة المالية) والدية كما في
 الايضاح الاتي:

أولا: الاعدام:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول (ﷺ) نص على اللجوء الى هذا العقاب الا بالنسبة لثلاث جرائم فقط وهي:

- ١- جريمة القتل العمد العدوان اذا لم يتنازل ورثة المجنى عليه عن عقوبة القصاص.
- ٢- جريمة الردة: اذا ارتد المسلم او المسلمة عن دين الاسلام ولم يرجع اليه بعد استتابته وأستمر على عداء والاسلام بالعمل او القلم او اللسان يقتل لقول الرسول (義) (من بدل دينه فاقتلوه).
- ٣- جريمة الزنى: من امرأة متزوجة او من رجل متزوج بعد ثبوت الجريمة باربعة شهود او باقرار المجرم بارادته واختياره والسبب الثاني والثالث لايوجد ان في القران وانما ثبتا بفعل الرسول وقضائه ونرى ان قضاءه بالرجم نسخ باية (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُللً وَاحِدِ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ) (١).

وكذلك لايوجد قتل المرتد لمجرد ارتداده لقوله تعالى ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ ﴾ (١).

وقد اكد ذلك الرسول (ﷺ) في قوله (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد لا الله الا الله، وانسى رسول الله الا باحدى شلاث: الثيب الزانبي، والنفس ببالنفس، والتارك لدينه المفارق للعباعة) (٢). (٢)

ثانيا- القطع:

اقر القرآن الكريم قطع اليد فقط في السرقة الصغرى، وقطع اليد مع الرجل في السرقة الكيرى.

أ- السرقة الصغرى: اذا ارتكب بالغ عاقل غير مضطر جريمة السرقة ولم يستخدم القوة حين الارتكاب وتبوافرت جميع شروطها واركانها المبينية مفصلا في كتب الفقية الاسلامي: يحكم عليه بعقوبة قطع يده وينفذ القطع القادر عليه العارف به من أهل الإختصاص الطبي حتى لا تحدث للمجنى عليه مضاعفات مؤذية به مثل نزيف الدم. وذلك تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكيمٌ ﴾ (١).

ب- السرقة الكبرى: وهي سرقة مقترنة بالتهديد والتخويف واستخدام القوة في ظرف لا يستطيع المجنى عليه فيه ان يتصل بمن ينقذه وتسمى هذه السرقة بـ (قطع الطريق) حيث يعتبر ذلك ظرفا مشددا للعقوية فاذا ثبتت هذه الجريمة وظروفها المشددة، وعققت اركانها وشروطها يحكم على المجرم بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، وينفذ العقاب بعد تصديق الحكم من رئيس الدولة واتخاذ مستلزمات منع النزيف وحدوث المضاعفات.

وذلك وفقا لقوله تعالى ﴿ انَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ

⁽¹⁾ سورة البقرة ۲۱۷.

⁽Y) سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع ادلة الاحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني تأليف الامام محمد بن اساعيل الصنعاني ٣٣١/٣.

⁽٢) وقد ألفنا كتابين أحدهما (لا رجم في القرآن) والثاني (لا قتل للمرتد غير المفسد في القرآن).

⁽a) سورة المائدة ٣٨.

فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ (١٠٠). وجدير بالذكر أن هذه العقوبة لم تُطبق في الإسلام إلا مرة واحدة.

ثالثا- الحلد:

قرر القرآن الكريم عقوبة الجلد للجرائم الاتية:

أ- جريمة الزنا من رجل غير متزوج ومن امرأة غير متزوجة اذا ثبتت الجريمة باربعة شهود او باقرار المجرم. وذلك طبقا لقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلُّ وَاحِدٍ مَّنْهُمَا مِنْةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذَكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُوْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَاتُهُمَا طَائفَةً مَّنَ الْمُؤْمنينَ ﴾ (١٠).

وقد أثبتنا في كتابنا (لا رجم في القرآن) أن العقوبة مائة جلدة فقط سواء كان الزاني والزانية متزوجين أو غير متزوجين.

جريمة القذف: كل انسان بالغ عاقل مختار اتهم امرأة محصنة (شريفة) او رجلا محصنا (شريفا) بالزنا ولم يستطع ان يثبت ذلك باربعة شهود اوباقرار المجرم يعاقب بثمانين جلدة كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (**) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَة شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَعْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (**).

ج- جريمة تعاطي المسكرات: كل انسان بالغ عاقل التسار إذا تعاطى نوعا من انواع المسكرات ايا كان نوعه ومصدره سواء أكان سرا ام علنا، وثبت ذلك بالبينة او اقرار المجرم يجب ان يعاقب بثمانين جلدة، وفقا للسنة النبوية وعملا باجماع فقهاء المسلمين.

⁾ سورة المائدة ٣٣.

⁽۲) سورة النور ۲.

^(۳) ای والحصنین

^{(&}lt;sup>1)</sup> سورة النور ٤..

منهــــاج الاســــلام في مكافعـــة الاجـــسرام

رابعا: النفي ثبتت عقوبة النفي بالنص في حالتين:

أ- في حالة قطع الطريق اذا التي القبض على قاطع الطريق وهو لم يقتل احدا ولم يأخذ مال احد وانما قام بمجرد عملية التخويف يكون عقابه النفي فقط كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿ أَرْ يُنفَوا مِنَ الأَرْضِ ﴾ (١) فقد فسر بعض الفقهاء النفي بالحبس.

ب- في حالة الزنا بعد تنفيذ العقاب (مائة جلدة) على ولي الامر ان يغرب الزاني والزانية لمدة عام واحد إذا رأى في ذلك مصلحة ولم يترتب عليه فساد بناء على ما قضى به الرسول (美) حين اتاه رجل من الاعراب قال يا رسول الله: (ان ابني كان عسيفا) (٢) على هذا (٣) فزنى بأمرأته وانى اخبرت ان على ابنى الرجم فافتديت منه عائة شاة ووليدة (١) فسألت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتفريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله (美):

والذي نفسي بيده لاقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم، رد عليكم وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام) (٥).

وقال بعض الفقهاء كالإمام مالك (رحمه الله) النفي يكون للزاني فقط دون الزانية ذلك حنرا من الفتنة والفساد^(١).

وقال الحنفية النفي عقوبة تعزيرية وليس جزءا من العقوبة الحدية يترك الامر لتقدير ولي الامر (٧).

⁽١) سورة المائدة ٣٣، ٣٤، وهذا جزء من الايتين الواردتين بصدد بيان عقريات قطاع الطرق.

^(۱) ای اجیرا.

⁽r) اشارة الى المستأجر.

⁽۱) ای جاریته.

^(°) العدة للعلامة عمد بن اسماعيل الامير الصنعاني على احكام الحكام شرح عمدة الاحكام، للعلامة ابن دقيق العيد المطبعة السلفية ٣٤٠/٤، ٣٤١.

⁽¹⁾ ينظر الشرح الصغير للدردير مع الصاوى ٣٩٣/٢.

هرح فتح القدير ٢٤٢/٥.

خامسا- الحرمان من الميراث:

اذا قتل الوارث موروثه يحرم من الميراث كعقوبة تبعية وذلك لان المجرم لا يجوز ان ينتفع بجريمته، ولان فيه سد الباب بوجه ذري النفوس المريضة من اللجوء الى ارتكاب هذه الجريمة طمعا في الحصول على التركة اذ من علم مقدما ان القتل مانع من الميراث وانه يحرمه منه لا يقدم عليه مالم تكن هناك اسباب اخرى.

وهذا الحكم ثابت بقول الرسول (紫) (لا يرث القاتل).

سادسا: الكفارة:

ما يغطى به الاثم من مال او صيام اي عقوبة مالية اوبدنية فرضها الاسلام على الانسان البالغ العاقل عند ارتكاب بعض الذنوب منها:

أ-القتل خطأ: قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنِ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَناً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَناً فَاسَى هـذا السنص قرر مُؤْمِناً خَطَناً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنةٍ وَدِيَةٌ مُسلَّمةٌ إِلَى أَحْلِهِ ﴾(١) ففي هـذا السنص قرر القرآن الكريم عقوبة مالية بالاضافة الى الدية - هي شراء انسان مستعبد ان وجد ثم تحريره من العبودية - فهذه طريقة من منات الطرق التي شرعها الاسلام للقضاء على نظام الرق.

ب- الظهار: من ظاهر زوجته يجب عليه ايضا تحرير مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقول سبحانه وتعالى: ﴿ اللَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نُسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَعْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَشَمَاسًا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ﴾ (١٠).

ج- الحنث في اليمين: من التزم باليمين ثم خالف تجب عليه كفارة حددها القرآن باطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، أو تحرير رقبة أو صيام ثلاثة أيام في قوله تعالى ﴿لاَ يُوَاخِذُكُم بِمَا عَقَدتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْمَامُ يَوْاخِذُكُم بِمَا عَقَدتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْمَامُ عَشَرَةٍ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسُوتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَمْ عَشَرَةٍ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسُوتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَمْ

⁽۱) سورة النساء ۹۲.

⁽۱) سورة الجادلة ۳، ٤.

يَجِدُ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا خَلَفْتُمْ ﴾ (١) فهو يضير بين واحد مسن الثلاثة الاول فان لم يتمكن من ذلك فعليه صيام ثلاثة ايام.

سابعا: الدية:

وهي عبارة عن مال يؤدى الى المجنى عليه او ورثته بسبب جناية من اتلف انسانا او جزءا منه مباشرة او تسببا(٢).

وتجب الدية على عائلة القاتل (عشيرته او النقابة او المؤسسة التي ينتمي اليها) اذا كان القتل خطأ ولم يثبت باقراره والا تجب في ماله.

طبيعة الدية: الديسة ذات طبيعة ازدواجية فيها صفات وعيسزات كل مسن العقاب والتعويض:

أ-لها صفات العقوبة من الأرجد الآتية:

١- لا يتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه.

٢- عند التنازل عنها تحل علها عقوية تعزيرية.

٣- مقدرة من قبل الشارع.

٤- لا يختلف مقدارها باختلاف الاشخاص.

ب- لها ميزات التعويض من النواحي التالية:

١- مال خالص للمجنى عليه او ورثته.

٢- يجوز للمجنى عليه او ورثته التنازل عنها.

٣- ورد النص على رفع الاثم عن الخطأ.

٤- لو كانت عقوية لما وجبت على العاقلة لقوله تعالى ﴿وَلاَ تَنِرُ وَانِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (٣).
 اذا الدية يصح أن يقال في حقها أنها عقوبة وتعويض في وقت وأحد.

رب زدني علما والحقنب بالصالحين

⁽١) سورة المائدة ٨٩.

⁽٢) انظر كشف القناع على متن الاقناع ٢/٤.

⁽۲) سورة الغاط ، ۱۸.





تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الفربي

أحاول في استعراض هذا الموضوع تفنيد المزاعم الذاهبة إلى تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الفريي وقواعده وبوجه خاص القانون الروماني.





زعم المستشرقون^(۱) وبعض رجال القانون في العالم العربي والإسلامي أن الغقه الإسلامي تأثر بالغقه الغربي وبوجه خص القانون الروماني، فأخذ منه كثيرا من الآراء وبوجه خاص القواعد الغقهية التي أُخذت على حد زعمهم من مُدونة (جُستنيان)،^(۱) وهذه التهمة لا أساس لها بل هي من نسيج الزعم الساقط لهؤلاء للأدلة الآتية: (۱)

أولاً / لم يكن بين فقهاء الشريعة الإسلامية حين تأسيسهم لمذاهبهم وتدوينها من يعرف اللغة الفرنسية أو الألمانية أو الإنجليزية أو الرومانية، حتى يتأثر في آرائه بآراء فقهاء

أ منهم جولد تسيهر (١٨٥٠-١٩٢١م) وهو مستشرق عري تعلم في بودابست وبرلين ولبزج وذهب إلى سوريا ١٨٥٣م، ثم إلى فلسطين ومصر ولازم بعض علماء الأزهر، وله مؤلفات في الفقه الإسلامي بلغات مختلفة، وهو القائل إن الفقه الإسلامي مقتبس من القانون الروماني، كما جاء في (الزركلي الإعلام ١٨٠١م)، ولأجل أن يوثق زعمه هذا، أخذ يستعرض أوجه الشبه بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني، وهو يجهل أو يتجاهل أن هذا الشبه ناتج عن الشبه بين العقول من حيث الإنتاج العلمي.

[&]quot;الامبراطور جستينيان الأول (فلافبوس بتروس ساباتيوس يوستيانوس(٤٨٣-٥٦٥) كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً (بيزنطياً) حكم منذ أغسطس عام ٢٧٥ حتى وفاته في نوفمبر ٥٦٥. يشتهر بإصلاحه الرمز القانوني المسمى قانون جستينيان خلال لجنة تريبونيان، والتوسع العسكري للأرض الإمبراطورية أثناء عهده، وزواجه وشراكته مع الإمبراطورة ثيودورا. يعرف أيضاً باسم "الإمبراطور الروماني الأخير". يعتبر قديساً في الكنيسة الأرثذوكسية، ويحيى في الرابع عشر من نوفمبر. وقد تولى الحكم بعد وفاة عمه الامبراطور جستن الأول.

قانون جيستنيان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين التي كانت تتبعها العديد من الأمم المختلفة والتي أمر الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول (٢٧٥م حتى عام ٥٦٥م) بعض من رجال المدين المسيحي في مملكته بانتقاء مجموعة من القوانين الرومانية. وعرفت هذه الجموعة باسم كوربس جوريس سيفيلز، وتعني مجموعة القوانين المدنية كما أطلق عليها أيضًا قانون جستنيان.

المصدر: (مدونة جنستنيان) ويكيبيديا- الموسوعة الحرة- الأنترنت.

لغيد من التفصيل في هذا الموضوع يراجع كتاب أصالة الفقه الإسلامي، دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القدية وأصالة المبادئ والنظم في الفقه الإسلامي، تتأليف: الأستاذ الدكتور عصمت عبدالجيد بكر، نشر دار الكتب العلمية، ص ١٢٧ وما يليها.

القانون الغربي، بل كان فقهاء الشريعة الإسلامية بمعزل عن العالم الخارجي، بل حتى بالنسبة إلى بلادهم، فكان لكل واحد منهم مدرسة خاصة يتولى التدريس والإجتهاد فيها ويقوم بالتفكير والتحليل والتعليل والإنتاج الفقهي وهو بمعزل عن العالمين الداخلي والخارجي، مستلهما فقهه وآراءه من القرآن الكوريم والسنة النبوية وآراء سلفه من الخلفاء الراشدين وسائر الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين. ثانيا/ وبعكس التهم المذكورة كان هناك مجال واسع لتأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، ومرد هذا المجال الى وصول الفقه الإسلامي إلى العالم الغربي بعد تدوينه واستقراره، وذلك عن طريق مدخلين:

المدخل الأول: الفتح الإسلامي للأندلس:

حيث دخل الإسلام الأندلس (اسبانيا حاليا) بعد شمال افريقيا عام (٧١١م) الموافق لعام (٩٩هـ)، ثم دخل جنوب فرنسا ووصل إلى بلاد (ليون)، و(نور)، و(بواتيا)، و(فينيون)، وظل الحكم الإسلامي في أندلس إلى سقوط غرناطة عام (١٤٩٢م) الموافق لعام (٩٧٧هـ)، وبذلك استمر التشريع الإسلامي في أوروبا معمولا به أكثر من (٧٠٠) سنة. (١) وكان الفقه المعمول به في الأندلس فقه الإمام الأوزاعي، ثم حل علمه الفقه المالكي عن طريق زياد بن عبدالرحمن في عهد هشام بس عبدالرحمن عام (١٧١هـ)، فأنتشر هذا المذهب هناك وظل معمولا به طيلة الحكم الإسلامي في اندلس.

ويرى الباحثون في المقارنة بين القانون المدني الغرنسي المعروف بقانون (كودنسابليون) الصادر عام (١٨٠٤م) وبين فقه الإمام المالك، وثبت لهم بالأدلة الواقعية والمقارنة، أن الأول تأثر بالثاني أكثر من ٤٠%.(٢)

ينظر المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية ومذهب الإمام مالك، للأستاذ عبدالله علي حسين ٢٩/١ وما يليها.

يقول صاحب المقارنات التشريعية ٣٨/١ أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ جُلَّه من منهب الإمام مالك.

المدخل الثّاني: قيام الصلة والعلاقات بين الدولة الإسلامية العثمانية وبعض الدول الأوروبية:

رقد قامت هذه العلاقات بعد تأسيس الدولة العثمانية ودخول السلطان عمد الفاتح الأستانة عام (١٤٥٣م) ربعد أن توسعت فتوحات هذه الدولة توسعا كبيرا وأصبحت مسيطرة على أقطار شاسعة في آسيا وشمال افريقيا وأوروبا، تأثرت التشريعات اللاتينية والجرمانية بفقه أبي حنيفة (رحمه الله) ألذي كان مذهبا رسميا للدولة العثمانية. (١) ومن نماذج تأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي ما يلي:

أولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي:

أ- العقد الرضائي وأحكامه: العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول الصادرين بمن هم أهل للتعاقد دون الرعاية الشكلية الستي كانست سائدة في القانون الروماني وتأثر بها القانون الفرنسي أولا ثم القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي. وعلى سبيل المثل قد تناولت المواد (١١٠٨-١١٢٢) في القانون المدني الفرنسي في الباب الرابع تحت عنوان (شروط صحة العقد وأحكام العقد الرضائي)، في هذا القانون كما هي في الفقد المالكي.

ب- أمكام المارية: ألتي عالجها القانون المدني الفرنسي متاثرا بالفقه المالكي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤).

ج- تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي في كثير من أحكام البيع^(١) وعناصره الستي تناولها المدني الفرنسي في المواد (١٥٨٢-١٧٠٧).

د- بيع الوفاء: وهو بيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتى إليه اللمبيع. (٢) وهو في حكم بيع الجائز والنافذ غير اللازم من حيث انتفاع المشتري به، وفي حكم

لا ينظر الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ومستقبلها، للأستاذ الدكتور صبحي المحماني ص١٨٥ وما يليها.

وهناك أحكام كثيرة أخرى التي تأثر فيها القانون الفرنسي بالفقه المالكي لا مجال لإستعراضها.

أعجلة الأحكام العدلية م١١٨/ ٣ وقد نصت المادة (٥٦١) من كتاب مرشد الحيران على أن (بيع الوفاء هو أن يبيع شيئا بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الشمن إلى المشتري أو أدّى الدين الذي عليه، يرد له العين المبيعة وفاءاً).

البيع الفاسد من حيث كون كل من العاقدين مقتمدرا على فسبخه، وفي حكسم الرهن من حيث أن المشترى لا يقدر على بيعه للغير.

وخلاصة الكلام أنه يُمكن تكيف بيع الوفاء بالعقود المذكورة، ومن البدهي أن هذا العقد من ابداع الفقهاء الحنفية في مسا وراء النهس قبسل القسانون الفرنسسي النافذ القائم المعدل، لأن حذا القانون تأسس عام (١٨٠٤م) وقد أخذ بهذا القانون وعالجه في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان (لغو البيع وفسخه) وقد تناوله هذا القانون في المواد (١٦٥٩-١٦٧٣).

هـ- حقوق الإرتفاق (أو الحقوق القسرية): وهو حق المرور (١١) وحتق الشبرب^(١) وحت المسيل (٢٦) وغيرها من حقوق الإرتفاق. وقد أخذ بهذه الحقوق القانون المدنى الفرنسي من الفقه الإسلامي وعالجها تحت عنوان (الحقوق القسسرية الأرضية) في الكتاب الرابع في المواد (٢٢٧-٧١٠) وقد نصت المادة (٦٢٧) من القانون المدنى الفرنسي على أن (الحقوق القسرية هي ترتب حق أرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحدا لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة). وفي المقارنات التشريعية (١) تطبيق القانون المدنى والجنائي على مذهب الإمام مالك، الحقوق القسرية الأرضية هى ترتب حق لأرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحداً لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة. منشأ استحقاق هذه الحقوق القسرية إسّا أن تكون مسبباً عن موقع الأرض الطبيعى والحاجة الطبيعية إلى ذلك الحق، أو بترتيب القوانين لتلك الحقوق، أو بإتفاق بين أصحاب الملك بعضهم مع بعض. تُجبر الأراضى الواطية على قبول صرف مياه الأراضي العالية الجارية بنفسها بدون فعل فاعل ولا يجوز في حال من الأحوال لمالك الأراضي الواطية أن يعمل سداً أو جسرا يحجز به تسريب هذه المياه ويمنع مرورها بأرضه، كما لا يجوز لمالك الأراضي العالية أن لا يتوقى ما يعود بالمضرة على الأراضي الواطية. (٥)

وهو حق المشى في ملك الغير (١٤٢٥) عِلمة الأحكام العدلية.

وهو نصيب معين معلوم من النهر (١٤٣٠) المرجع السابق.

وهو حق جريان الماء والمسيل من دار إلى الخارج (١٤٤٠) المرجع السابق.

⁴ للأستاذ علوف عمد البدوى ١٨١/١.

[°] ينظر الأستاذ علوف عمد البدوي، تعريب القانون الفرنساوي المدنى ١٤٢/١ ومايليها.

وجدير بالذكر أن الأرقام التي ذكرناها بالنسبة للقانون الفرنسي قد تغيرت في الوقت الحاضر بعد اجراء تعديلات متعددة على هذا القانون، ولكن لعدم تمكننا من الحصول على الأرقام المعدلة اكتفينا بإستعراض الأرقام القديمة السابقة، لأن الذي يهمنا في هذا المقام هو بيان تأثر القانون الفرنسي بالفقه الإسلامي. وأما الشكليات فهي رغم أهميتها لا تؤثر في هذا المقام بالنسبة لتأثر المذكور.

ثانيا/ تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي:

ومن نماذج تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي عن طريق الخلافية العثمانيية تحول العقد الذي عالجه القانون المدني الألماني في المادة (١٤٤).

رمفاد تحول العقد هو أنه إذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه أركان وعناصر عقد آخر أو تصرف آخر، تحول إليه ويُعتد بهذا التصرف المتحول إليه، كسا نبص على ذلك القانون المدني المصري النافذ في المادة (١٤٠) التي نصّت على أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكبون صحيحا بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد، وهذا النص يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد. وقال المرحوم العلامة السنهوري أن أن نظرية تحول العقد هي نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن تاسع عشر، وأخذ بها التقنين المدني الألماني في نص صريح هو المادة (١٤٤) وعلى نهج التقنين المدني الألماني المجديد. وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد انتج أثراً قانونيا لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثراً عرضيا.

القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي ٢٠/١. مصادر الحق ١٠٠/٤.

شروط التحول: ويُشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر توافر شروط ثلاثة:

أحدها بطلان التصرف الأصلي: فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفا باطلا أو تصرفا قابلا للإبطال. وقد ابطل فعلا، ولا يجوز أن يكون تصرفا صحيحا ولا تصرفا باطلا في شق منه وصحيحا في الشق الآخر.

والثاني ان ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصوف الآخر اللذي يتحول إليه التصرف الأصلي. يتحول إليه التصرف الأصلي.

والثالث جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر المذي تحول اليد التصرف الأصلي، أي يكون بحيث إذا علم المتعاقدان بطلان التصرف المني قاما بإبرامه، انصرفت إرادتهما إلى هذا التصرف المتحول إليد.

وعلى سبيل المثل إذا قدم المدين لدائنه كمبيالة لم تستوف الشكل الواجب قانوناً تكون باطلة وتتحول إلى سند دين عادي صحيح، كما نصّت على ذلك المادة (١٠٨) من التقنين التجاري المصري. أما إذا زود المدين دائنه قبل هذه الكمبيالة سنداً عادياً، فلا تتحول إليه.

وكذلك تأثر الفقه الغربي وبوجه خاص القانون المدني الألماني بالفقه الحنفي في انصراف آثار التصرف من الحقوق والإلتزامات إلى الموكل إذا أضاف الوكيل التصرف إلى نفسه، وللغير الذي تصرف معه الوكيل أن يرجع إلى الأصيل رغم عدم علمه بأن الوكيل تصرف بإسم الأصيل لا بإسمه. (١)

وجدير بالذكر أن الفقه الغربي ذهب الى عدم انصراف آثار العقمد وبوجمه خاص حكمه (التزاماته) إذا أبرم الوكيل التصرف الموكل فيه بإسمه.

ويُلاحظ أن ما ظنه العلامة السنهوري في أن فكرة تحول العقد من ابداع الفقهاء الألمان، وقد دونت هذه الفكرة في القانون المدني الألماني المادة (١٤٤) غير مطابق للواقع، وذلك لأن هذه الفكرة هي من ابداع فقهاء الإسلام وانتقلت إلى الفقه الألماني وقانونه عن طريق الإحتكاك بين الدولة العثمانية والدولة الألمانية.

ا ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي، المطبعة الأميرية ببولاق،
 ١٣١٥هـ، ٢٥٦/٤. النيابة عن الغير في التصرف القانوني، أطروحة دكتورا في القانون، لدكتور جاسم لفته العبودي، التي أشرفت عليها سنة ١٩٩٠، ص ٣٧ وما يليها.

دفي الفقه الإسلامي توجد تطبيقات كثيرة لتحول العقد التي كانت موجودة قبسل القانون الألماني بمنات السنين، ومن تلك التطبيقات ما يلي:

- ١- من أوصى لشخص لا توجد بينه وبين هذا الشخص علاقة القرابة أو الزوجية اللتان هما من أسباب المياث، بأن يكون وارثا لله كأحد ورثته الشرعيين، تبطل هذه الوصية وتنصرف إلى الوصية المطلقة ويعطى للموصى لله نصيب أحد الورثة الأقل نصيبا بالنسبة للبقية، كوصية لا كسيات. وعلى سبيل المثل من مات عن أم وابن والموصى له بالمياث، يكون للأم السدس وللموصى له السدس وللإبن الباقي.
- ٢- الكفالة وهي ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة الشيء، أي بأن يضم أحد ذمت إلى ذمة آخر ويلتزم أيضا بالمطالبة التي لزمت في حق ذلك، إذا اشترط فيها أن يكون الكفيل ضامنا للمدين الأصلي رغم امكانيمة المدين واستعداده للوفاء بالدين، بطلت بإعتبارها كفالة وتحولت إلى الموالة.
- ٣- الحوالة إذا اشترط فيها عدم براءة ذمة المعيل عن الدين، بأن يكون للمعال
 الرجوع على المدين المعيل على المعال عليه في وقت واحد إذا امتنع المعال
 عليه عن الوفاء بالدين أو عجز عن الوفاء تبطل الحوالة وتتعول إلى الكفالة.
- ٤- الوكالة بعد الموت رصاية، والوصاية في الحياة وكالة، فلم قال أحد الآخر أوصيتك اليوم على يبع سيارتي بكذا، كان وكيلا، ولو قال له أنت وكيلي بعد موتى، كان وصياً.
- ٥- البيع بنفي الثمن يكون هبة، والإجارة بنفي الأجرة عاربة، والعاربة بشرط
 الأجرة إجارة.

وهكذا هناك منات التطبيقات الموجودة في الفقه الإسلامي، وكانت تُطبق قبل القانون الألماني بمئات السنين.

ثالثًا/ تأثر القانون الإنكليزي بالفقه الإسلامي:

لقد تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامي في موضوع نظرية الظروف الطارثة حيث لم يعرفها القوانين الغربية والعربية إلا عن طريق الفقه الإسلامي. وجدير بالذكر أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة الـتي عالجتها الشريعة الإسلامية وتأثرت بها القوانين الغربية والعربية، غير أنه تلك القوانين المترطت أن يكون الظرف الطارئ عاماً كالحرب والكنوارث الطبيعية، لكن الفقه الإسلامي لا يشترط هذا الشرط، بل يجوز تطبيق النظرية ولو كان الظرف الطارئ خاصا بطرف واحد، وأن الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرد في القانون فسخ العقد أو تعديل الإلتزام المرهق.

معنى نظرية الظروف الطارئة هو حوادث مادية غير متوقعة وغير قابلة للدفع قبل وقوعها، بحيث تجعل تنفيذ إلتزام المدين الناتج من عقد مستمر التنفيذ مرهقاً ويبر للقاضي التدخل بعد طلب المدين لتعديل التزامه مرهق التنفيذ إلى حد المعقول يرفع الإرهاق إما بتقليل موضوع الإلتزام كمّا (مقدارا) أو كيفا (نوعا) أو بزيادة نفقات كلفة موضوع الإلتزام.

عناصر نظرية الظروف الطارئة:

عنصر كل شيء ما يتوقف عليه وجوده، فإن كان جزءً منه يكون ركنا، وإلا فيكون شرطا، وعناصرها كما يُفهم من تعريفها هي الآتية:

أولا: أن يكون سبب الإلتزام عقدا، وكل عقد بعد صحته ونفاذه ولزومه لا يحق لأي مسن طرفيه فسخه بخلاف الفاسد أو الموقوف (غير النافذ) أو غير اللازم، أو القابل للإبطال (وهو مصطلح الفقه الغربي ويشمل الثلاثة المذكورة في الفقه الإسلامي)، فالفاسد للقاضي فسخه والموقوف لمن له حق الإجازة رفضه وغير اللازم بالنسبة للطرفين كعقد الوكالة لكل طرف حق فسخها إذا لم يتعلق بها حق للفير. وغير اللازم بالنسبة لأحد الطرفين كعقد الرهن للدائن المرتهن فسخه بخلاف المدين الراهن، لأنه لازم بالنسبة له، وكعقد الكفالة للمكفول له فسخه دون الكفيسل، وكإبطال العقد في العقد القابل للإبطال لمن تقررت قابلية الإبطال لمصلحته، كما يحق للقاضي تعديل عقد الإذعان إذا كانت الشروط فوق الإعتياد، وكذلك له فسخ الشرط الجزائي.

ثانيا: يكون عقدا مستمر التنفيذ بأن يكون الزمن عنصراً جوهريا في تكوينه كقعد التوريد والإجارة والمقاولة ونحو ذلك، بخلاف العقد فوري التنفيذ كالبيع ولو كان تنفيذه مؤجلا.

فالثا: أن لا يكون الظرف متوقعا كظرف الحرب والكوارث الطبيعية كالزلزال والبركان والفيضان والحريق وفو ذلك، فإذا كأن متوقعا لا يكون علاً لتطبيقها.

رابعا: أن يكون الظرف عاما، وإذا كان خاصا كإفلاس المدين وعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، يكون علا لتطبيق النظرية في الفقه الإسلامي، بخلاف القانون والفقه الغربي، فإن الظرف يُشترط أن يكون عاماً كظرف الحرب.

خامسا: أن لا يجعل الظرف تنفيذ الإلتزام مستحيلا كقرة قاهرة، وإلا فينفسخ العقد تلقانيا بحكم القانون، كما في حالة هلاك على العقد قبل التنفيذ بقوة قاهرة.

آثر النظرية هو تعديل إلتزام المدين المرهق إما بتنقيص موضوعه كمساً وكيفاً أو زيسادة مبلغ الكلفة.

أساس النظرية هو الضرورة، الضرورة هي حالة استثنائية تدفع المضطر إلى ارتكاب عظور لدفع خطرها.

ولا يختلف القانون مع الشريعة الإسلامية في أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة، إلا أنه كما ذكرنا سابقا يختلف معها في اشتراط كون الظرف الطارئ عاما، وأن الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبر لا فسخ العقد ولا تعديل الإلتزام المرهسة. ومسن الواضح أن شرط عمومية الحادث الإستثنائي يضالف مبدأ العدالة الذي قامت عليه النظرية، كما أن القوانين الوضعية اختلفت في أثر النظرية من فسخ العقد أو تعديل الإلتزام الناشئ عنه.

وقد تأثر القانون الإنكليزي بهذه النظرية عن طريق الصلة بين الدولة العثمانية والدول الأوروبية.

فلسفة النظرية:

ومن الواضح أن فلسفة كل شئ عبارة عن اهداف وغايات، وفلسفة نظرية الظروف الطارئة عبارة عن تحقيق العدالة، وقد أخذ القضاء الإنكليزي عدأ العدالة الذي طبقه على حالات قريبة من الحالات التى تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة كالآتى:

أ- إذا كان الشيء المتعاقد عليه قد تلف بعد ابرام العقد.

ب- إذا ثبت أن الطرفين قد تعاقدا بقصد الحفاظ على الشيء كما بعدا لهما حين ابسرام
 العقد ثم زالت هذه الحالة.

ج- إذا تأخر التنفيذ بسبب لم يكون متوقعا حين ابرام العقد أو طال أمد التأخير بحيث أدى إلى تبدل طبيعة التنفيذ تبدلا تاما. (١)

ومن القوانين التي تضمنت تنظيم أحكام النظرية بنصوص خاصة، القانون البولوني (م٢٦٩) والإيطالي (م٤٦٧) واليوناني (م٣٤٨) والمصري (م٣٤٨) والسوري (م٣٤٨) والعراقي (م١٤٦) والليبيي (م١٤٧) والكويتي (م١٤٦) والأردني (م٢٠٥) واليمني (م٢١٤).

والشريعة الإسلامية بنت تصرفات الإنسان في حالات الضرورة على أسس ومبادئ ثابتة في نصوص القرآن والسنة النبوية، وهي لا تختلف بإحتلاف الأشخاص ولا تتغير بتغير الزمان والمكان، ومن هذه الأسس:

- ٧- (الضرر يُزال).
- ٣- (الضرورات تجيز المعظورات).
- ٤- (الإضطرار لا يبطل حق الفير).
 - ٥- (الضرر يُدفع بقدر الإمكان).
 - ٦- (الضرورات تُقدر بقدرها).
- ٧- (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف).
- ٨- (إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا لإرتكاب أخفها).

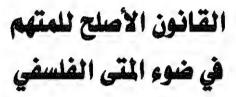
ومن الواضح أن سبب الإلتزام إذا زال يزول الإلتزام نفسه، فعندئذ لا يبقى جال لتطليق نظرية الظروف الطارئة.

الدكتور عبدالسلام ترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، ص٣٣
 ٢ سورة المائدة / ٤٥

وفي الختام أدعو أساتذة الشريعة والقانون إلى القيام بالمقارنات بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية والعربية خدمة لهذه الشريعة وللقانون الإسلامي من جهة، ولإبراز مكانة الشريعة الإسلامية من جهسة أخرى، لأن فقهاء الإسلام والمجتهدين في الشريعة الإسلامية تركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو أستثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير مقتنعة ببعض الأمثلة البالية كالتعامل بنظام العبيد والجواري، لأصبح الفقيد الإسلامي دون التقيد بمذهب معين مصدرا خصبا، لا للقوانين العربية فحسب، بل لقوانين دول العالم بأسرها.













القسسانون الأمسساح للمسستهم في ضسوء للتسمى الفلمسمفي

(1)

المسلمة

التعريف بالتي:

المتى في اللغة ورد بعدة معان منها:

للد والضوب: يقال متى الشيء أي مدّه، ومنها الضرب، يُقال متاه بالعصى أي ضربه بها.

دني الاصطلاح النحوي (متى) أداة استفهام عن وقوع شي، في الزمان، يقال: (متسى تبدأ العطلة الصيفية؟)، وقد يكون اسم شرط يجزم فعلين إذا دخيل عليهسا، على أساس أن أحدهما شرط والآخر جواب، كما يُقال: (متى يستوعب الطالب موضوع دراسته، ينجع في الامتحان).

وفي الاصطلاح الأصولي يُستعمل لعموم الزمان مع (ما) وبدونها، كأن يقبول أحد المتعاقدين للآخر (متى ما تُنفِذ التزامك أنفذ التزامي). أو (متى تسلمني الشمن اسلمك المبيع).

وفي الاصطلاح الفلسفي: هيئة تعرض للشيء بسبب حصوله في زمان ممين.

أقسام المتى:

تسمه الفلاسفة إلى تسمين: حقيقي وغير حقيقي.

اللتى الخليلي: هو الذي يستغرق العمل الذي يؤدى فيه ولا يسمع غميره مسن مثله،
 كشهر رمضان بالنسبة للصيام فيه، فهو لا يسمع صوماً غميره، وكالوقت المحدد للمحاضرة في الكليات.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يُسمى الوقت المضيق كوقت الحج، فسلا يسمع إلا حجساً واحداً. ٢- المتى غير الحقيقي: وهو حصول فعل في زمان يسعه ريسع غيره من مثله، كأوتات الدوام الرسمي في دوائر الدولة والمؤسسات ذات النفع العبام، وعلى سبيل المشل الأستاذ الجامعي مُكلف بإلقاء محاضراته في ساعات عددة لها، وهو في نفس الوقت يستطيع أن يُلقى عاضرات إضافية أثناء الدوام الرسمي، ريسمى في الاصطلاح الفقهي (الوقت الموسّع).

الزمان:

وللزمان معان متعددة في علم الفلسفة منها:

أ- الوقت: كثيرا أو قليلا، وهو المدة الواقعة بين حادثتين، إحداهما سابقة والأخرى لاحقة. ب- الزمن: في أساطير اليونانيين هو الإله الذي ينضج الأشياء ويوصلها إلى نهايتها.

ج- قال بعض الفلاسفة كأرسطو: الزمان حركة الفلك، كدوران الأرض حول نفسها.

د- وقال المتكلمون من الفلاسفة: الزمان اعتباري موهوم أو أنه متجدد معلوم، يُقدر به متجدد آخر.

هـ - ويرى بعض الفلاسفة أن الزمان ماض ومستقبل، وأما الحاضر فهو ليس بنزمن، وإنما هو آن موهوم بين الماضي والمستقبل.

القرق بين الزمان والدهر والسرمد:

الزمان: نسبة المتغير إلى المتغير، كنسبة حرارة الجو وبرودته واعتداله للفصول الأربعة في

الدهر: نسبة الثابت للمتغير، كنسبة حركة الأرض إلى الليل والنهار.

السرماد: نسبة الثابت للثابت، كنسبة الوجود لذات الله وصفاته.

نطاق تطبيق النصوص الجزائية على أساس التي الفلسفي:

يُبنى على هذا الأساس الفلسفي مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية، ومنطوق هذا المبدأ هو أنه: (يسري على جرائم القانونُ النافذ وقت ارتكابها)، أي الوقت الذي تمت فيسه أفعال تنفيذها، بغض النظر عن رقت تحقق نتائجها.

ريقوم على هذا المبدأ (مبدأ عدم الرجعية)، ومبدأ الشرعية (لا جريحة ولا عقوبة إلا

بنص)، والركن الشرعي العام للجريمة، (١٠) لأن هذا الركن لا يفترض وجود النص التجريمي فحسب، فإنما يتطلب فوق ذلك أن يكون هذا النص ساريا على الفعل المكون للجريمة وقست ارتكابها. فليس لنص التجريم السلطان المطلق بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل، بل يتحدد سلطانه بزمن نفاذه.

فكل نص تجريم يصدر بناءً على قانون تبدأ فترته الزمنية من تأريخ صيرورته نافذاً، طبقا للأوضاع الدستورية والقانونية، وتنتهي بإلغائه صراحة أو ضمناً. ويستمد هذا المبدأ من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ويستلزم تطبيقه التأكد من أمرين:

أحدهما معرفة الوقت الذي أصبع فيه نص التجريم نافذاً.

والثاني هو بقاؤه سارباً لوقت ارتكاب الفعل المكون للجرعة.

⁽¹⁾ الأركان العامة المشتركة بين جميع الجرائم ثلاثةٌ: الشرعي، والمادي، والمعنوي.

١) الركن الشرعى: هو الصفة غير المشروعة للفعل، ويكتسبها إذا توافر له أمران:

الأول: خضوعه لنص تجريم يُقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه.

الثاني: عدم خضوعه لسبّب من أسباب الإباحة. إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليطل الفعل عنه عنه المشروعة التي أكسبها له نص التجريم.

٢) الركن المادي: هو ماديات الجرية، أي المظهر الذي تبرز به إلى العالم الخارجي. ويقوم الركن المادي عادة على ثلاثة عناصر: الفعل والنتيجة وعلاقة السببية.

فالفعل هو النشاط الإيجابي أو الموقف السلبي الذي يُنسب إلى الجاني.

والنتيجة هي أثره الخارجي الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون.

وعلاقة السببية هي الرابطة التي تصل ما بين السبب والنتيجة، وتثبت أن حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل.

٣) الركن المعنوي: هو الإرادة التي يقترن بها الفعل، سواء اتخذت صورة القصد الجنائي، وحينشذ
توصف الجرية بأنها عمدية، أو اتخذت صورة الخطأ غير العمدي، وعندشذ توصف الجريمة بأنها
غير عمدية.

وهذه الأركان عامة مشتركة يجب أن تتوافر في كل جرية، فإذا انتفى أحدها فلا وجود للجرية.

ولكن في نفس الوقت لكل جريمة محددة أركان خاصة بها تميزها من غيرها من الجرائم. وعلى سبيل المثل الأركان الخاصة للقتل العمد هي:

١- كون الجنى عليه حياً وقت الجرية.

٢- فعل الاعتداء على الحياة التي تترتب عليه الوفاة.

٣- القصد الجنائي التي يتطلب نية إزهاق الروح.

يُنظر الدكتور عمود نجيب حسنى، الموجز في شرح قانون العقوبات القسم العام، ط١٩٦٧، ص٢٤

ومعرفة نفاذ القانون لا صعوبة فيها، لأن وقته تُحدده القواعد الدستورية أو القانونيسة المتعلقة بالتشريع.

وكذا وقت ارتكاب الجرعة أمر مُيسّر إذا تحققت النتيجة بعد اقتراف الفعل الجرمي مباشرة، كما في أكثر الجرائم الوقتية، مثل جرعة القتل بالطلقة النارية، وجرعة السرقة وغوها. وإنما الصعوبة في حالات تأخر النتيجة عن الفعل الجرمي، بأن يصدر قانون بعد ارتكاب الفعل الجرمي وقبل تحقق النتيجة، بحيث يختلف حكمه عن القانون السابق الذي تمت الجرعة في ظله، لذا نصت قوانين العقوبات في العالم على أن العجرة بوقت تمام الأفعال الجرمية، لا بوقت تحقق نتائجها، كما في (م١/١/ من قانون العقوبات العراقي النافذ الـتي تنص على أنه (يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها، ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجرعة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتيجتها).

وبناءً على ذلك تكون العبرة بصدور القانون النافذ لا بالعمل به، وتوافقه (م٠/٥) مسن قانون عقوبات المصري النافذ على أنه (يُعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها). و(م٠/٧): (ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه نهائيا، قانون أصلح للمتهم فهو الذي يُتبع دون غيره).

والفرق واضع بين (العمل بالقانون) و(صدور القانون). فالقانون الأصلح للمستهم مسن سابقه يُعمل به من تأريخ صدوره، دون انتظار حلول الأجل المعلق عليه تنفيذه ودون انتظار نشره، لأن الأصل أن يكون نافذا بمجرد إصداره.

ويطابقه قانون الإجراءات الجنائية المصري. (١)

الدكتور عمود عمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ص١٠٦٠.

(Y)

تقييد مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية

هذا المبدأ ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود، منها ما يتعلق بنوع النص، ومنها ما يُعتبر استثناءً من المبدأ ذاته.

اولا/ ما يتعلق بنوع النص:

يرد على المبدأ قيدان:

أحدهما: اقتصاره على النصوص الموضوعية.

والثاني: عدم شول مبدأ عدم الرجعية للنصوص التفصيلية كما يلي:

أ- اقتصار مبدأ عدم الرجعية على النصوص الموضوعية:

أي النصوص السُبَينة لأركان الجرعة وشروطها. وعلى سبيل المشل السنص اللذي يُجرَّم السرقة (١) يتضمن شروطاً معينة يجب توفرها حتى يُعتبر الفعل سرقة، ككون المال منقولاً وعلوكا للغير.

أما النصوص المتعلقة بالإجراءات، التي مكانها أصول المحاكسات الجزائية (٢) وقانون المرافعات المبرية، كتحريك السعوى والإخبار عن الجريمة والطعس في القرارات القضائية، فهي تسري من وقت نفاذها، وقد درج التشريع في أن يكون مكان نصوص الجزائية المرضوعية التي تخضع لمبدأ عدم الرجعية، هو قانون العقوبات والقوانين المكملة له.

اللواد (٤٥٠-٤٥٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

مصطلح عراقي، وقانون الإجراءات الجنائية في الاصطلاح المصري.

ب- عدم شمول المبدأ للنصوص التفصيلية:

وهى نصوص لا تُجرم أفصالا لم يُجرمها القانون السابق ولا تُضيف أحكاما جديدة، وإنما يُقصد من تشريعها توضيح أحكام قائمة لم تكن واضحة، مما أدى إلى الاختلاف في تفسيرها، فهي لها حكم مفسِّرها، فإذا تضمنت أحكاما جديدة أو عدلت حكما قائما، فإنها يسرى عليها مبدأ عدم الرجعيدة، وبالتبالي على المحكمة الجزائية الامتناع عن تطبيقها على أفعال سابقة.

ثانيا/ الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ذاته:

يُستثنى من المبدأ المذكور النصوص التي تكون هي الأصلح للمتهم، فإذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة، وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، يطبس القانون الأصلح للمتهم.

وفلسفة الاستثناء (الأصلح للمتهم)، هي أن سلطة المجتمع في توقيع العقاب محددة بعدود فكرتى الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فإن لم يكن للعقوبة ضرورة ولا فائدة، فلا مبر لتوقيعها. وإذا ألغى القانون الجديد العقوبة أو خفيف منها، يكون ذلك اعترافا من المشرع بعدم جدواها، فلا تبقى علة توقيعها على أساس أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما. القسسانون الأصسطح للمسستهم في ضسوء للتسسى الفلسسيفي

(4)

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم؟

بالإمكان معرفة الأصلح من الطرق الآتية:

أولا- على القاضي المقارنة بين القانونين القديم والجديد بالنسبة إلى متهم معين بالذات، مع رعاية ظروفه الخاصة، لا بالنسبة إلى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم.

وتحديد الأصلح هو تطبيق لقواعد قانونية تُحدد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان (المتى الفلسفي).

وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم وظيفة القاضي، ولا شأن للمتهم بعد، فعلا يجوز للقاضى أن يترك الخيار للمتهم ليحدد له الأصلح من القانونين.

وعلى سبيل المثل: الغرامة أخف من الحبس دائما، لذا يحكم القاضي بأنها أصلح، ولو كان المتهم يرى خلاف ذلك.

ثانياً- على القاضى أن يستشهد بضرابط ومعايج معينة يحدد بها القانون الأصلح للمتهم. ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية:

١- إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرَّمه القديم.

٧- إذا خفف الجديد العقوية. ومن الواضح أن عقوبة الجنحة (١) أخف من عقوبة الجناية (٢)، وعقوبة المخالفة (٢) أخف

^{&#}x27; الجنحة هي الجرعة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة اشهر إلى خمس سنوات.

٢- الغرامة. (م٢٦) قانون المقربات العراقي النافذ.

الجناية هي الجرعة الماقب عليها بإحدى المقربات التالية:

٢- السجن المؤيد.

٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشر سنة. (م٢٥) (ق.ع.ع)

المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس البسيط لمدة أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة اشهر.

٢- الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين دينارا. (م٢٧) (ق.ع.ع)

- من عقوبة الجنحة، والحبس أخف من السجن (١١)، والغرامة أخف من الحبس. وجدير بالذكر أن الجديد إذا أدخل تعديلا في العقوبة ولم يكسن ذلك مسن الأشد إلى الأخف، لا يُعتبر الجديد أصلح للمتهم.
- ٣- إذا أقرّ الجديد مانعا جديداً من موانع المسؤولية الجنائية، بأن يرفع سن بدء المسؤولية الجزائية، كما رفع قانون رعاية الأحداث (٢) هذه السن من إكمال السابعة مسن العمس إلى إكمال التاسعة. أو يرفع السن اللازمة للحكم بعقوبة معينة كرفع السن إن كمان الحكم بالإعدام من إكمال الثامنة عشرة إلى إكمال التاسعة عشرة.
- ٤- إذا قرر الجديد عذرا قانونيا معينا كإعفاء الجاني المخبر عن سائر الجناة من العصابة من العقوبة، (٢) أو إعفاء كل من يلقي السلاح ويُسلم نفسه للسلطة العامة من
- ٥- إذا أضاف الجديد للجريمة ركنا جديدا أو شرطا جديدا لم يكن موجودا في ظل القديم، كأن اشترط الجديد لعقوبة معينة شرط العود (تكرار الجريمة لأكثر من مرة مثلا).
- ٦- إذا تضمن كل من القديم والجديد ما هو أصلح للمتهم، فعلى القاضي أن يطبق مسن القانونين الحكم الأصلح للمتهم، بحيث لا يؤدي ذلك إلى إنشاء قانون ثالث، كأن يتضمن القديم مع العقوبة الأصلية الوضع تحت المراقبة كعقوبة تكميلية، وفي نفس

وجدير بالذكر أن أرقام المبالغ في الغرامة قد تبدلت بأرقام أخرى بعد انخفاض القوة الشرائية للدينار العراقي. ونرى أن تُقدر قيمة الدينار بالذهب وقت تشريع هذا القانون لا وقت تنفيذه. ' عقوية الحبس المقررة في القانون خمس سنوات فأقل، وعقوية السجن المقررة في القانون أكثر من خمس

رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، المادة (٤٧): "ولا تُقام المعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره".

وقد نصت المادة (٢/٩٧) من المدنى العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أن "سن التمييز سبع سنوات كاملة". ولو بيوم واحد.

يُعفى في الاتفاق الجنائي من العقوبات المقررة في المواد (٥٦) ٥٧، ٥٨): كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتغاق جناني وعن المشتركين فيه قبل وقوع أيّة جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها، وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك الجناة، أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك، فلا يُعفى من العقاب، إلا إذا كان الإخبار قد سهّل القبض على أولئك الجناة.. (المادة ٥٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل).

الوقت يعطي للقاضي سلطة إيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية. أما الجديد فسلا يتضسمن العقوبة التكميلية، لكن عنع إيقاف التنفيذ، فيُطبق القديم بالنسبة لإيقاف التنفيذ، وألجديد لعدم الوضع تحت المراقبة. (١١)

٧- القانون الذي يُقرر عقوبة واحدة أصلح من الذي يُقرر عقوبتين معاً، فالذي يقرر الحبس وحده أصلح من الذي يقرر الحبس والغرامة معا.

٨- الذي لا يُضيف عقرية تكميلية (٢) أو تبعية (٦) أصلح من الذي يُضيفها.

إذا تساوت العقوية في القانونين، يكون الجديد أصلح إذا هبط بالحد الأقصى أو بالحد
 الأدنى للعقوية، أو بالحدين معاً.

لكن يتعقد الأمر إذا كانت العقوبة الجديدة اصلح للمتهم من القديمة بحسب حدها الأدنى (بأن هبطها)، وأسوأ له بحسب حدها الأقصى (بأن رفعها)، أو بالعكس. وعلى سبيل المثل إذا كانت العقوبة في القديم من (٣-١٥)، وفي الجديد من (٥-١)، أو في القديم من (٥-١)، فأي القانونين أصلح؟ هناك أربعة آراء لفقهاء القانون الجنائي في تحديد القانون الأصلح (٤) وهي:

الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ص١٥٢

الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص٧٤.

للعقربات التكميلية هي الآتية:

١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا (م١٠٠) (ق.ع.ع)
 ٢- المصادرة، أي مصادرة الأشياء المضبوطة التي جُعلت أجراً لأرتكاب الجرية.

٢- المصادرة، أي مصادرة الأشياء المضبوطه التي جعلت أجرا لارتكاب الجريم.
 (١٠١).(ق.ع.ع)

٣- نشر الحكم في صحيفة أو أكثر على نفقة الحكوم عليه. (م١٠١) (ق.ع.ع)

العقوبات التبعية هي التي تلحق الحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة إلى النفس عليها في الحكم، وهي:

١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، كحرمانه من كونه ناخباً أو منتخبا في المجالس التمثيلية، أو
 كونه وصيًا أو قيّما أو وكيلا أو نحو ذلك. (م٥٩-٩٨) (ق.ع.ع)

٢- مراقبة الشرطة، كمن حُكم عليه بالسجن لجناية ماسّة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي، أو تزييف النقود أو تزويرها أو تقليدها، أو تزوير طوابع أو رشوة أو اختلاس أو سرقة أو ضو ذلك.(٩٩٥) (ق.٤٠٩)

^{*} هذه الآراء واردة من حيث التصور عند عدم وجود نص في القانون يحسم ذلك النزاع بنص صريح.

الرأي الأول/ العبرة بالحد الأقصى في كل من القانونين، فسيحكم القاضسي في المشال المذكور بين (٣) كحد الأدنى و(١٠) كحد الأعلى.

ويُنتقد هذا الرأي بأنه يمزج القانونين حتى يُخرج منهما ثالثا، وهـذا لم يمـر بدهن المشرع، وليس للقاضي سلطة تشريعية حتى يُحدث قانونا جديداً.

الرأي الثاني/ يُترك للمتهم أن يختار القانون الذي يفضل تطبيقه، لأنه صاحب المصلحة.

وعيب هذا الرأي أن تطبيق التشريع العقابي من النظام العام وليس للمتهم دور فيه حتى يختار الأقل في أي منهما.

الرأي الثالث/ العبرة بالحد الأدنى لأنه عثل آخر ما يطميع فيسه المستهم مسن تخفيسف العقاب، ولو ارتفع في الوقت نفسه بالحد الأقصى.

ويُعاب هذا الرأي بأنه يُعرض المتهم لاحتمال الحكم عليه بالحد الأقصى المرتفع مقابل أمل قد يكون ضئيلا في أن يُحكم عليه بالحد الأدنى المنخفض.

الرأي الرابع / العبرة بالحد الأقصى، فاصلح القانونين هو ما هبط بالحد الأقصى، ففي أي منهما أقل، يُختار هذا، لأنه يُمثل آخر ما يُهدد المتهم من تشديد العقاب الذي يُخشى أن يوقع عليه، وهذا هو الرأي السائد فقها وقضاء في أكثر مسن الملاد. (١١)

وهذا الرأي رغم أنه امتاز من سواه بنتائجه العملية، إلا أنه يُجري المقارنة على أسس عردة، (٢) إضافة إلى أنه قد يُضرّ متهما جديراً بالحد الأدني.

وإذا ثبت فشل الآراء المذكورة، على القاضي أن يُفتش عن المعيار الفلسفي وهو أن تحديد الحد الأدنى أو الأقصى أو كليهما، يدل دلالة التزامية فلسفية على منح القاضي السلطة التقديرية لتحديد ما يستحقه المتهم من العقوية في ضوء ظروف الجرعة والجانى وخلفيات القضية.

فإذا وجد أن الظروف في صالح المتهم بحيث يجعله علا للرعاية وجديرا بالعطف والرحمة، يطبق المذي يطبق المذي

[·] الدكتور عمود نجيب حسنى، المرجع السابق، ص٧٤.

أي مجردة عن الطروف المقترنة بالجرية أو بالجاني، وهذا الاتجاه مرفوض في المنطق القانوني، لأن القاضي يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه الطروف في كل قضية جنائية.

أهبط بالحد الأقصى، لأنه لا امل في الحد الأدنى، بسبب الطروف المعيطة بالجرعة والجاني.

• ١- إذا كان القانون الصادر بعد الحكم النهائي قد جعل الفعل الذي حُكم من أجله غير معاقب عليد، فإن هذا القانون يسري على الفعل، ويترتب على هذا أن يصبح المتهم كما لو لم يصدر عليه حكم نهسائي، وهبو المستفاد من القانون المصري (م٥/٣): (يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية).

فالآثار المترتبة على صدور القانون الجنائي بعد الحكم النهائي هي بعينها الآثار التي تترتب على صدور مثل هذا القانون قبل الحكم النهائي، فمجرد صدور القانون يُسقط العقويات الصادر بها الحكم أو المترتب عليد، فلا تُنفذ إذا لم يكن قد بُدئ في التنفيذ، ويوقف تنفيذها إذا كان قد بدأ. وأثر صدور القانون لا يقتصر على التنفيذ وإنما تنتهى به الآثار الجنائية المترتبة على الحكم، كاعتباره سابقة في العود.

والحاصل صدور القانون الجديد يمحو جميع الآثار المترتبة على اعتباره معاقباً عليه، فإذا كان المحكوم عليه قد دفع الغرامة أو قسطا منها، فإنه يستردها، وكذلك يسترد الأشياء التي صودرت.

وقد ذهب بعض شُرَاح القانون الجنائي على أنه لا يحق للمحكوم عليه أن يستره الفرامة قياسا على مدة الحبس التي يكون المحكوم عليه قد قضاها.(١)

ويُرد هذا الرأي بأنه قياس مع الفارق، فتنفيذ الحبس لا يتأتى معه إعدادة الحدال إلى ما كانت عليه، بخلاف الغرامة، فإنها يمكن استردادها. (٢)

لا الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص١١٩

د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص١٠٩٠.

(1)

موقف المشرع العراقي من سريان القانون الجنائي من حيث المتى الفلسفي

تضمنت المادة الثانية من قانون العقوبات العراقي النافذ الفقرات الأربع الآتية:

- ١- يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجرعة
 إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها، دون النظر إلى وقت تحقيق نتيجتها.
- ٢- على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجرعة وقبل أن يُصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، فيُطبق القانون الأصلح للمتهم.
- ٣- وإذا صدر بعد صيررة الحكم نهائيا، قانون يجعل الفعل أو الامتناع الذي حُكم على المتهم من أجله، غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقربات، ما لم ينص القانون الجديم على خلاف ذلك. وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداء أن تقرر وقف تنفيذ الحكم بناء على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.
- ٤- أما إذا جاء القانون الجديد خففا للعقوبة فحسب، جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء القانون الجديد، وذلك بناء على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.

وفلسفة الفرق بين الإلزام في الفقرة الثالثة والجواز في الفقرة الرابعة هي الاختلاف في الأساس، فهو في الحالة الأولى إباحة الفعل بالقانون الجديد، وتجريده من الصفة الجرمية، بينما الأساس في الحالة الثانية هو تخفيف العقوبة مع احتفاظ الفعل الجرمي بصفته الجرمية، وعدم خروجه من دائرة عدم المشروعية.

وفلسفة رجعية القانون الأصلح للمتهم هي أن العقاب ليس انتقاما ولا شأرا كما كان الأمر كذلك في العهود المنصرمة المظلمة، وإنما الفاية منه إصلاح المتهم وزجره حتى لا يعدو إلى السلوك المنحرف وردع الغير من الاقتداء به، وهذه الأهداف تُفرض على قاضي الموضوع أن يتصرف ويحكم بما هو أفضل للمتهم وللمجتمع قدر الإمكان.

(4)

مبدأ الرجعية في القانون محدد المدة(١)

لا تأثير لانتهاء القانون محدد المدة في مسؤولية من خالفه خلال نفاذه وقبل انتهائه، فليس للانتهاء أثر رجعي، ولا يسري على ما أرتكب قبله من الجرائم، فإذا صدر حكم على المتهم بعقوبة يجب تنفيذها كاملة، رغم انتهاء القانون الذي جرّم الفعل أو الامتناع.

وإذا لم يُسق إلى القضاء بعد ارتكاب وقبل انتهاء المدة، يجب رفع المدعوى عليه من المجنى عليه أو الادعاء العام لمحاسبته ومعاقبته، ولو كان القانون الذي جرم العسل منتهيا قبل ذلك.

وفلسفة عدم استفادة المتهم أو المحكوم عليه من مضي المدة التي نهى فيه القانون عسن فعل أو أمر به: هي عدم ضياع الغرض المقصود من القانون، لأن القانون عدد الفترة يصدر لمواجهة ظروف خاصة، وهي غالباً تكون استثنائية، فإذا ما انقضت هذه الظروف لم يعد للقانون ما يُجره، ولكن من ارتكب فعلا خالف به ذلك القانون أثناء فترة العصل به، فقد اعتدى على المجتمع وهو يجتاز هذا الظرف، فهو لذلك جدير بالعقاب.

ثم إن في استفادة المخالف من انتها، المدة تشجيعا للناس على خالفت، لأن الظروف العابرة تقتضي وضع تشريعات عقابية لفترات قصيرة قد تستغرقها إجراءات التحقيق والإحالة والمحاكمات الجزائية حتى يصدر فيها أحكام نهائية، فإذا طُبق المبدأ العام في سريان القوانين العقابية دائماً بأثر رجعي على الدعاوى القائمة متى كانت هي الأصلح للمتهم، لأدى ذلك إلى تعطيل أحكام هذه القوانين في كثير من الأحيان، ولأصبح للمتهم مصلحة عققة في إطالة أمد المحاكمة بسبب انتهاء المدة المعددة لنفاذ القانون. (٢)

لا القانون محدد المدة، أي القانون المؤقت الذي ينهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية عددة، فمشل هذا القانون يبطل العمل به بانقضاء تلك المدة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائه. بخلاف القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ، ولا يُنص فيها على مدة معينة لسريانها. فإن إبطال العمل بها يقتضى صدور قانون بإلغائها.

د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص١١٠.

الدكتور محمود نجيب، المرجع السابق، ص٧٩... الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٥٦.

(T)

معيار التمييز بين القانون محدد المدة وغيره

لا يعرف قانون وضعي نصوصاً أبدية، وإنما النص ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في يوم معين آخر، فالسلطان الزمني للنصوص القانونية محصور بين وقتين (وقت نفاذه ووقت انقضائه)، فلا سلطان له قبل الوقت الأول ولا بعد الثاني، لذا يجب أن يكون هناك معيار دقيق للتمييز بين ما هو محدد المدة وما ليس بمحدد المدة، والمعيار قد يكون صريحا، فينص القانون الجديد غالبا على انقضاء الأول بعد مدة محددة، وقد يكون ضمنيا يُفهم الانقضاء من طبيعة الظروف التي شُرع من أجلها.

فالمعيار الدقيق هو التحديد بالنص، فينبغي في التشريع الصادر لفترة عددة أن يتضمن تحديدا صريحا لها، فلا يكفي أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع رملابساته، أد أن يكون التحديد مستمداً من طبيعة القانون، كالقوانين التي تُشرع لمعالجة ظروف خاصة، لأن كل تشريع عقابي يوصف بأنه مؤقت بطبيعته، فيتعذر التمييز بين ماهو مؤقت رما هو غير مؤقت، لأن جميع القوانين مهما طال زمن العمل بها يكون عرضة للعدول عنها.

(Y)

سريان الجديد على الماضي لا على أساس معيار الأصلح للمتهم

يسري الجديد لا على أساس معيار الأصلح على ما وقع قبل نفاذه من الجرائم الآتية:

١- الجرائم المستمرة:

وهي الجرائم التي تتكون من فعل واحد متجدد مستمر. (١) ومعيار تقسيم الجريمة إلى الوقتية والمستمرة هو الزمن (المتى الفلسفي) الذي يستغرقه تحقق عناصرها، فإذا لم يستغرق غير برهة قصيرة من الزمن، فالجريمة وقتية كالقتل بطلقة نارية بميتة فوراً. وإذا امتد خلال وقت طويل نسبياً، فالجريمة مستمرة، إذا كان لإرادة الجاني دخل في هذا الاستمرار، كعبس شخص بدون وجه حق، وكجريمة حيازة الأموال المسروقة والأموال المغصوبة وإخفاء جثة المقتول ونحو ذلك. فذات الجريمة في هذه التطبيقات وقتية تنتهي بوقت قصير، لكن الحيازة أو الإخفاء من الجرائم المستمرة لاستغراقها زمناً متجدداً مستمراً.

٢- الجرائم المتتابعة:

وهي التي تقع بتتابع عدة أفعال يكون كل واحد منها كافيا لوجود الجريمة، ويكون الغرض من جميع الأفعال واحداً، كتزوير أوراق رسمية عدة مرات لغرض الاختلاس. والفرق بينها وبين المستمرة هو أن الثانية تتكون من فعل واحد شم يبقى مستمراً، خلاف المتتابعة فإنها تتكون من عدة أفعال يكون كل واحد منها جريمة. وبتعبير أدق أن المعتبر في الجريمة المستمرة هو تجدد عنصر الزمن، بينما في المتتابعة هو عنصر تكوار الفعل.

الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقويات، ص٤٧ وما يليها.

٣- جرائم العادة:

وهي التي تتكون من تكرار أفعال يُشكل مجموعها جرعة واحدة تُسمى جرعة الاعتياد، وتختلف عن سابقتيها بأنها لا تتكون بفعل واحد، وإنما يُشترط فيه عنصر التكرار، كالإقراض بفائدة تزيد عن النسبة المعددة بالقانون، فإنه لا يُعد جرعة عند فقهاء القانون (۱۱)، ما لم يحصل فيه عنصر التكرار، ويبدو أن المراد بالتكرار أن يكون أكثر من مرة واحدة.

وهذه الأنواع الثلاثة من الجرائم التي يسري عليها أحكام القانون الجديد، بشرط أن يستمر الجاني على ارتكابها في ظله، ولو كان البد، بها في ظل القانون السابق، فإذا أتسى الجديد بقواعد معدلة للجرائم المستمرة أو المتتابعة أو جرائم العادة، تُطبق هذه القواعد على ما تم تنفيذه في ظل القانون القديم. (٢) وفلسفة هذا السريان هي استمرارية الجساني على عارسة العمل الجرمي في ظل الجديد، فيُعطى للكل حكم الجزء، فمعارسة جزء من الجريمة في ظل الجديد تُعد بمثابة عارسة كلها في ظله عجازاً، على أساس كون ذلك اصلح للمتهم، رعايمة للعدالة التي هي الغاية الرئيسة لتشريع كل قانون.

ا الاستاذ جندي عبدالملك، المرسوعة الجنائية، ص٤١

الأستاذ محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص١٤

أ المادة الرابعة من قانون العقوبات العراقي المنافذ.

(A)

سريان القانون على التدابير الاحترازية

من الواضع أن التدابع الاحتمازية بكافة أنواعها عقوبات بشروط آتية:

١- أن ينص عليها القانون رفقاً لقاعدة (لا جرعة ولا عقوبة إلا بنص).

٢- لا يجوز اتخاذ التدابير الاحترازية ضد أي شخص ما لم يرتكب فعلا يعده القانون جرعة.

٣- أن تكون حالة الشخص الذي تُتخذ التدابير الاحترازية في حقد خطيرة على سلامة المجتمع، بأن يتبين من أحواله وماضيه وسلوكه ومن ظروف الجرعية وبواعثها، أن هناك احتمالا جديا لإقدامه على اقتراف جرعة أخرى، أو أن حالته تُعتبر خطيرة على سلامة المجتمع.(١)

من أنواع التدابير الاحترازية: (١)

١- التدابي السالبة للحرية أو المقيدة لها:

كالحجز في مأرى علاج في مستشفى أو مصع للأمراض العقلية والمنع من التردد على أمكنة معينة مُعدة لفرض تعاطي المسكرات، وكمراقبة الشرطة.

٧- السالية للحقوق:

كالحرمان من مزاولة مهنته أو حرفت أو نشاط صناعي أو تجاري أو نحو ذلك، وكإسقاط الولاية والوصاية والقوامة وسعب الإجازة ونحو ذلك.

[·] المادة (۱۰۳) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

بخلاف الشريعة الإسلامية، فإن جميع العبادات التي كُلّف بها الإنسان البالغ العاقبل من التدابير الاحترازية، كما يقول سبحانه وتعالى ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ ﴾ (العنكبوت:٤٥). صنيع الشريعة الإسلامية أحسن من صنيع القانون، لأن الوقاية خير من العلاج. آللواد (١٠٥-١٧٢) من قانون العقويات العراقي النافذ.

٣- التدايير المادية:

كمصادرة الأموال وغلق المحل وإيقاف الشخص المعنوي (كالشركات التي لها شخصية معنوية) لمدة معينة أو حله.

أما من حيث سريان القانون الجديد على التدايد الاحترازية التي نشأت بقانون سابق، فإن على القاضي أن يُطبق السريان وعدمه من حيث ما يطبق على العقوبات.[11]

وفلسفة ذلك أن التدايع الاحترازية، كما ذكرنا، عقويات، لذا نجد أنه لا مسرر لدراستها من حيث سريان القانون الجديد ععزل عن العقوبات.

^{&#}x27; كما سبق تفصيل ذلك من حيث شروط السريان وكون الجديد اصلح للمتهم.

(9)

سريان التشريع الإجرائي على أساس المتى الفلسفي

ما سبق من عناصر وأحكام سريان نطاق القانون على أساس الزمان (المتى) كان بالنسبة للقواعد الموضوعية المنصوص عليها غالبا في قوانين العقوبات، وما يأتي من الدراسة المتعلقة بنطاق السريان يكون بنسبة لقواعد إجرائية منصوص عليها غالبا في أصول المعاكمات الجزائية، وهي مجموعة قواعد عامة تنظم إجراءات التحقيق الابتدائي، والمعاكمة، والأحكام، والطعن في الأحكام، وكيفية تنفيذ الأحكام وانقضائها.

ويتعبير آخر التشريع الإجرائي هو ما ينطبق من رفع الدعوى إلى الانقضاء النهائي. (١١)
أما من حيث سريان تلك القواعد الإجرائية الجزائية، فالقاعدة العامة هي أن الأصل فيها هو أنها تسري من تأريخ نفاذها على ما يحري في المستقبل بعد نفاذها من رفع الدعوى إلى الحكم النهائي، بل إلى تنفيذ الحكم وانقضائه دون ما جرى في الماضي في ظل قانون سابق، سواء أكان الجديد أصلح للمتهم أم أسوأ، غير أن هناك بعضا من القواعد الإجرائية عل خلاف فقهاء القانون الجنائي، من حيث السريان والأثر الرجعي ورعاية الأصلحية بالنسبة للمتهم. وهي قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الطعن في الأحكام وقواعد التقادم (تقادم الدعوى أو العقوبة)، لذا تقتضي فلسفة رعاية العدالة في تطبيق القواعد المذكورة معرفة نطاقها من حيث السريان الزمني.

أولا- قواعد الاختصاص:

الاختصاص هو مدى السلطة التي خوّل القانون جهة أو عكمةً إياها، وبناءً على هذه الحقيقة لا يجوز لمحكمة أن تنظر في قضية مرفوعة إليها، ما لم تكن داخلة في اختصاصها، كما لا يجوز أن ترفض النظر في دعوى داخلة في نطاق اختصاصها، وإلا تُعد ناكرة للعدالة،

الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٥٨.

وقد تتنازع محكمتان في قضية واحدة تنازعاً إيجابياً، كأن تنص كل واحدة منهما على أن القضية المتنازع فيها من اختصاصها، أو تنازعاً سلبياً كأن ترفض كل واحدة منهما النظر في قضية معينة على أساس أنها لا تدخل ضمن اختصاصها، وإنما هي من اختصاص محكمة أخرى، وقانون أصول المحاكمات الجزائية هو الذي يحدد سلطة المحاكم الجزائية وأنواع جرائم الأشخاص الذين يحاكمون أمامها. والتكييف الفلسفي لهذا الموضوع من الاختصاص هو أنه من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خالفته.

إلفاء عكمة قائمة أو استبدال أخرى بها:

إذا صدر قانون إجرائي جديد ألغى عكمة قائمة، فلا إشكال في هذه الحالة، من حيث أن الجديد هو المعمول به لانقطاع الصلة بين المحكمة الملغاة وبين الإجراءات القضائية بالنسبة للقضية التي كانت الملغاة ذات الاختصاص بالنظر فيها، حتى ولو كانت هذه الدعوى منظورة بالفعل أمام المحكمة الملغاة.

ومن تطبيقات حالة الإلغاء قانون السلامة الوطنية المعدل^(۱) حيث ألغى عادته (رقم ٣٠) مرسوم الإدارة العرفية ^(۲) وتعديلاته وذيوله، وأحل حالة الطوارئ عمل حالة الأحكام العرفية، كما ألغى قانون المجالس العرفية وأحل علها عاكم أمن الدولة، ^(۳) وإذا نقل القانون الجديد الاختصاص بالنظر في المدعوى من عكمة إلى أخرى دون أن يُلغي المحكمة ذات الاختصاص القديم بالنظر في الدعوى، فما هي المحكمة المختصة بعمد نفاذ هذا القانون الجديد، هل هي القديمة أو الجديدة؟ إذا كان هناك نمص في الجديم هذا النزاع فيُعمل بمقتضاه، وفي حالة عدم وجود النص، أختلف في تحديم المحكمة المختصة، المختصة، المقانون الجنائي على أربعة آراء:

ا رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ المعدل.

رقم (۱۸) لسنة ۱۹۳۵ وتعدیلاته

وقد أيدت عكمة التمييز في العراق (الإضبارة ٤١٠/جنايات/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٤/١٨) ما ذهبت إليه عكمة الجزاء الكبرى لمنطقة كركوك من أن القوانين المتعلقة بإجراءات الحاكمات والمرافعات تسري تلقائيا على الماضي حتى مع عدم النص على ذلك، لأنها لا تضير حقوق المتهم المكتسبة، بل على النقيض تكون في صالحه، إذ تؤمن له حرية الدفاع عن نفسه.

نقلا عن الدكتور سامي النصراوي، أصول الهاكمات الجزائية، ص١١

 ١- المحكمة المختصة هي القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الموضوع يسدخل
 في باب تنازع المحكمتين، تنازعاً إيجابياً في الاختصاص، فتُرجع المحكمة القديمة على الجديدة للعلل الآتية:

أ- إنها لم تُلغ بالقانون الجديد فتبقى على اختصاصها لسبقها.

ب- إنها كانت هي المحكمة المختصة حين ارتكاب الجرعة، فتبقى على اختصاصها استصحابا.

ج- من الحقوق الطبيعية للمتهم أن يُحاكم أمام عكمة طبيعية دون عكمة استثنائية. ٢- المحكمة المختصة هي المحكمة الجديدة، ما لم يتم الفصل في القضية بحكم نهائي من المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن قواعد الاختصاص من النظام العام، فليس للمتهم حق مكتسب فيها.

- ٣- المحكمة المختصة هي التي أصدرت الحكم الابتدائي، فإذا لم يصدر الحكم الابتدائي في الدعوى من المحكمة القديمة يكون الاختصاص للمحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، لأن الجديد يسري على جميع الدعارى حتى ما كان مرفوعاً منها أمام المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن صدور الحكم الابتدائي من المحكمة القديمة يُعد حقاً مكتسباً للخصوم، ولا يُمكن العدول عند إلا بطريت الاعتراض (الطعن) المقرر له، وليس من العدل ترك هذا الحكم الابتدائي وعدم اعتداد المحكمة الجديدة به.
- ٤- والرأي الرابع هو الذي يقول بأن القانون الجديد يسري على جميع الوقائع المتي لم تُرفع إلى المحكمة المختصة هي التي رُفعت الدعوى إليها، فإذا لم تُرفع الواقعة إلى المحكمة المختصة حتى صدور القانون الجديد، يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، رغم وقوعها في ظل القديم، فإن رُفعت إلى المحكمة المختصة فإنها تبقى في اختصاصها. والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الواقعة إذا رُفعت إلى المحكمة المختصة، تبقى في اختصاصها، بناءً على قاعدة (أن القضية يجب أن تنتهي حيث بدأت)، وأن الاختصاص يتحدد برفع الدعوى فقط، فإن رُفعت، كان القانون القديم وعكمته هما المختصتان. وإلا فمحكمة الدعوى فقط، فإن رُفعت، كان القانون القديم وعكمته هما المختصتان. وإلا فمحكمة الدعوى فقط، فإن رُفعت، كان القانون القديم وعكمته هما المختصتان. وإلا فمحكمة المحتمدة المختصتان. وإلاً فمحكمة المحتمدة المختصتان. وإلاً فمحكمة المحتمدة المختصتان. وإلاً فمحكمة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتمدة المحتصدة المحتمدة المحتمدة

القانون الجديد هي التي تحكم الوقائع التي مازالت قيد التحقيق، ولو كانبت الجريمة وقعت قبل صدور القانون الجديد.(١)

ونرى أن الـراجح هـ أن الـدعوى المرفوعـة إلى صاحبة الاختصاص القـديم تظـل في اختصاصها، فلا يسري الاختصاص الجديد إلا على الدعارى التي تكون وقت نفساذ القانون الإجرائي الجديد لا تزال في مرحلة التحقيق والإحالة، ولم تُرفع للمحكمة بعد، وذلك لاستبعاد اضطرابات الإجراءات القضائية أو إعادتها من جديد. هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يتخذ تغيير الاختصاص ذريعة للتدخل في عمل القضاء أو للتأثير فيه بصورة ما. ^(٢)

ثانيا: قواعد الطعن في الأحكام:

إذا أوجد القانون الجديد طريقا جديداً للطمن لم يكن موجوداً في القانون القديم، يستطيع المتهم الاستفادة منه، والمشرع العراقي أخذ بهذا الاتجاه. (٢١) لكن هذا لا يمنع في نفس الوقت أن ينص الجديد على خلاف ذلك.

أما بخصوص القواعد المتعلقة بتغيير ميعاد الطمن، كتحديد أو تقصير المدة المخصصة للطمن، فالرأى السائد فقها وقضاء بهذا الصدد يذهب إلى اعتبار هذه القواعد موضوعية رغم ورودها في قوانين الأصول الجزائية، وبالتالي تسري على الماضي في حالة فائدتها للمتهم. (1) وبناءً على ذلك إذا أطال القانون الجديد الميعاد المقرر في القانون القديم، أو وستع في أحواله، يُعمل بالجديد على أساس فكرة الأصلح للمتهم، فيستفيد أصحاب المصلحة في الطعن من المواعيد الطويلة والأحوال الجديدة الأنسب لهم، أما إذا قصر القانون الجديد الميعاد المقرر للطعن في القانون القديم، فإنه يُنقضي بانتهاء المدة المقررة في القانون القديم.

^{&#}x27; الاستاذ عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجزائية في قانون أصول الحاكمات الجزائية، ص٢٤ الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦١.

أينظر المادة (٣٦٩/ب) من قانون الأصول الحاكمات الجزائية العراقي المعدل النافذ.

أ الدكتور عمود عمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصرية، ط٨، ١٩٦٣، ص٢٧. الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصرى، ط٤، ١٩٦٢، ص٩.

دكتور عمر سعيد رمضان، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٩٦٨، ص٢٩. دكتور سامى النصراوي، أصول الحاكمات الجزائية، ص١٣ وما يليها.

أنواع التقادم الجنائي:

التقادم نوعان:

تقادم الدعوى الجنائية، وتقادم العقوية المحكوم بها نهائياً.

المشرع العراقي يأخذ بتقادم الدعوى الجزائية لا بتقادم العقوبة، إلا في نطاق عدود ذكرته المادة (٦) من أصول المحاكمات الجزائية النافذ، (١) وببعض القوانين الأخسرى منها قانون العقوبات النافذ (٣٧٨) التي نصها:

- "١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها، إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر، ولا تُقبل الشكوى في الأحوال الآتية:
- (أ) إذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجرعة.
- (ب) إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجرعة.
 - (ج) إذا ثبت أن الزنا تم برضا الشاكي.
- ٢- يُقصد بالزوج في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة، ولسو
 زالت عنه بعد ذلك، ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ترتكبه زوجته إلى
 انتهاء أربعة أشهر بعد طلاقها".

المادة (٣٧٩) التي نصها:

- "١- تنقضي دعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي أو تنازله عن عاكسة الزوج الزاني أو برضا الشاكي بالعودة إلى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى. ويُعتبر تنازل الزوج عن عاكمة زوجته الزانية تنازلا منه عن عاكمة من زنا بها.
- ٢- وللزوج كذلك أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته، وإذا توفي الشاكي،
 يكون لكل من أولاده من الزوج المشكو أو الوصي عليهم، أن يمنع السير في تنفيذ الحكم".

الرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

ومنها قانون المطبوعات (م٢٠)، (١٠ وقد نصت (م٣) من أصول المحاكمات الجزائية النافذ على أنه "لا يقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجرعة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى".

المادة الثالثة:

- ١- لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجنى عليه أو من يقسوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية:
 - ف (١) زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية.
- ف (٢) القذف أو السب أو إفشاء الأسرار أو التهديد أو الإيذاء، إذا لم تكسن الجريمة قسد وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه. (٢)
- ف (٣) السرقة أو الاغتصاب أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو حيازة الأشياء المتحصلة منها، إذا كان المجنى عليه زوجا للجاني أو أحد أصوله أو فروعه، ولم تكن هنه الأشياء عجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً، أو مثقلة بحق لشخص آخر.
- ف (٤) إتلاف الأموال أو تخريبها، عدا أموال الدولة، إذا لم تكن الجرعة مقترضة بظرف مشدد.
- ف (٥) انتهاك حرمة الملك أو الدخول في ارض مزروعة أو مهيئة للزرع، أو أرض فيها. عصول، أو ترك الحيوانات تدخل فيها.
- ف (٦) رمي الأحجار أو الأشياء الأخرى على وسائط النقل أو بيوت أو مبانٍ أو بساتين أو حظائر.
- ف (٧) الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناء على شكوى من المتضرر منها.

وينص قانون الإجراءات الجنائية المصري، طبقا لأحدث التعديلات بالقانون رقم (٩٥) لسنة (٢٠٠٣)، المادة (١٤) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم، ولا يمنع ذلك من الحكم بالمصادرة في الحالة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون العقوبات إذا حدثت الوفاة أثناء نظر الدعوى".

الرقم (۲۰۲) لسنة ۱۹۶۸.

وقد عُدّلت هاتان الفقرتان.

كما نصت المادة (١٥) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية في المواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفي المواد الجنح بمضي ثلاث سنين، وفي مسواد المخالفات بمضي سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وبالنسبة لسقوط العقوبة نصّت (م٥٢٨) من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أنه "تسقط العقوبة المسحكوم بها في جناية بمضي عشرين سنة الميلادية، إلا عقوبة الإعدام، فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة، وتسقط العقوبة المحكوم بها في جنعة بمضي خمس سنين، وتسقط العقوبة المحكوم بها في المخالفة بمضى سنتين".

وهذه العقوبات في القانون المصري النافذ متعلقة بنظام مباشرة الدعوى الجنائية، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها نهائياً، لذلك وردت في عجموعة الإجراءات الجنائية، لكن هل هي في حقيقتها إجرائية أو موضوعية؟

حناك اتجاهان لفقها. القانون الجنائي:

أ- اتجاه ذهب إلى أن هذه القوانين إجرائية تخضع لما تخضع لما القوانين الإجرائية من ناحية سريانها فوراً، حتى على الدعاوى التي أقيمت من قبل، لأنها متعلقة بالنظام العام، وليس للمدعي بعد ذلك أن يدفع بأنه اكتسب حقاً في خضوعه لقواعد القانون القديم، إن كان أصلح بالنسبة له، فإذا كانت الدعوى أو العقوبة قد تقادمت فعلا وبالتالي سقطت قبل نفاذ القانون الجديد، فلا يسري عليها هذا الجديد، سواء أكان يُقصر مدة التقادم أم يُطيلها. لكن إذا لم تتقادم الدعوى أو العقوبة، فإن الجديد هو الذي يُطبق، سواء يُقصر المدة أو يُطيلها، وسواء أكان في مصلحة المتهم أم لا، مادام أنه لم يكتسب حقا بعد. (١)

ب- وذهب اتجاه ثان إلى أن قواعد تقادم الدعوى والعقوبة معاً، تُعد قواعد موضوعية حكما، بغض النظر عن ورودها في قانون الإجراءات الجنائية (أصول المعاكسات الجنائية)، لأنها تمس في جوهرها أصل الحق في العقاب. فتقادم الدعوى أشبه بالعفو الشامل (العام) من حيث أنه يحول دون إمكان تحريك الدعوى عن الواقعة نهائياً. وتقادم العقوبة أشبه بالعفو عنها، من حيث أنه يحول دون إمكنان تنفيذها رغم صيورة الحكم نهائياً.

الدكتور سعيد مصطفى سعيد، المرجع السابق، ص ١٣١ الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦٤.

ويُعد الراي الثاني أرجح وأولى بالإتباع تغليبا لجوهر نظام التقادم على مذهبه، ولآثاره الموضوعية المحتومة. وليس ثمَّ ما يحول دون القول بأن قواعد التقادم تسري أيضا بأثر رجعي، أسوة بها متى كان اصلح للمتهم. (١) وبهذا الاتجاه أخذت عُكمة النقض المصرية، حيث ذهبت (١) إلى أن قواعد التقادم للدعوى الجنائية رغم كونها واردة في قانون الإجراءات، إلا أنها تسري بأثر رجعي متى ما كانت أصلح للمتهم.

وبناءً على ذلك، يُمكن القول بأن العدالة تقضي بسريان قواعد التقادم على الماضي، مادامت أصلح للمتهم، حتى ولو كان تأريخ الدعوى أو تأريخ الحكم سابقاً على تأريخ نفاذ القانون الجديد.

ومن استثناءات قاعدة عدم سريان القانون الجنائي على منا وقع قبل نفاذه استثناء القواعد الجنائية المفسرة، فهي تسري على الماضي بأثر رجعي، وفلسغة ذلك أنها تتضمن قواعد مفسرة ومتصلة اتصالاً وثيقاً بالقانون السابق، وأنها جزء منه، تُكمل ما نقص فينه وتوضع ما غمض من نصوصه. (٢)

رب زدني علما والحقنب بالصالحين

[·] الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦٥.

ني قرارها الصادر (٣/٢٤) ١٩٥٢، أحكام النقض، س٣، رقم ٣٢٨، ص٦١٥، نقلا عن الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦٦.

الأستاذ عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق، ص٢٣٠.



أثر أحكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة







مقدمة

الشريعة الاسلامية هي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة، والفقه الاسلامي هي الاحكام الشرعية العملية المستخرجة من الشريعة الاسلامية بصورة مباشرة او غير مباشرة.

ريترتب على هذا الفرق ما يأتي:

- انصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل بخلاف النصوص الفقهية فانها
 كالنصوص القانونية تتأثر بالمتغيات والمستجدات فتتغير بتغير الزمان والمكان مما لم
 يكن الحكم الفقهي منصوصا عليه بنص قطعي الدلالة أو عجما عليه.
- ٢-الشريعة ملزمة عقيدة رعملا لكل انسان بالغ عاقل بخلاف الفقد فسلا يلزم الانسان
 باعتناق مذهب معين كما انه لا يجوز ان يلزم نقسه بذلك مدى الحياة، فقال سبحانه
 تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذَّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ (١).
- ٣-الفقه يحتمل الخطأ والصواب فكل مجتهد مصيب ومخطيء بخلاف الشريعة لان مصدر
 الشريعة هو الوحي ومصدر الفقه هو الاجتهاد.

القرآن دستور والفقه قانون:

القرآن دستور الهي خالد ووظيفة الدستور التخطيط والتصميم لتنظيم الحياة ووضع القراعد الكلية التي يتقيد بها المشرع الوضعي.

فالقرآن اقتصر على القراعد الكلية وخول العقال البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة في كل زمان ومكان. القرآن صنع دائرة من الاخلاق وقال للعقل البشري تحرك بحسب مستلزمات ومستجدات الحياة شريطة ان يكون هذا التحرك داخل هذه الدائرة فقال: (وتلك خُدُودُ الله فَلاَ تَعْتَدُوهَا) (٢١).

⁽١) سورة النحل – الآية: ٤٣.

⁽٢) سورة البقرة -- الآية: ٢٢٩

وبناء على هذه الحقائق فإن المكلف بتنظيم الحياة عن طريق التشريع هو العقل البشري وأن زهاء ٣٠٪ من قوانين جميع دول العالم الاسلامي وغير الاسلامي لا يتعارض مع الدستوري الالهي (القرآن الكريم) لان كل عمل اجتهادي نتاج العقل، والعقل واحد فلا فرق بين عقل المسلم وغير المسلم في هذا المجال.

الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية

الفقه الاسلامي نشأ مع نشأة النصوص منذ عهد الرسالة وقد ترك لنا وللأجيال القادمة فقهاء الشريعة الاسلامية ثروة فقهية عظيمة غنية لو استثمرت بصورة صحيحة لأغنت جميع القوانين العربية وغير العربية الاسلامية وغير الاسلامية.

وهذه الثروة الفقهية اشبه بمعدن من الذهب يحتاج الى عقول ناضجة وأيد خبيرة تقدوم باستخراج المعدن الصافي وعزله بما لم تبق له اية فائدة من الناحية العملية، والفقه الاسلامي اليوم بأمس الحاجة الى اعادة النظر وحذف الامثلة البالية كالعبد والجارية وتقنين ما هو الراجح والملائم للحياة المتطورة والحضارة البشرية الحديثة والزام جميع الناس به للقضاء على الخلافات المذهبية والطائفية التي اصبحت اليوم اخطر مرض اصيبت بنه الامنة الاسلامية العربية.

ورؤساء الدول الاسلامية بوجه عام والدول العربية بوجه خاص مسؤولون امام الله وامام شعوبهم عن اهمال هذه المهمة الخطيرة وغض عيسونهم عما يجسري في العمالم الاسلامي مسن الصراعات المذهبية والطائفية.

مدى تأثر القوانين العربية الحديثة بالشريعة الاسلامية

تأثرت التشريعات العربية بهذه الشريعة اكثر من غيرها لأسباب كثيرة اهمها:

- الشريعة الاسلامية كانت القانون الوحيد في جميع التنظيمات الحياتية لهذه الامنة منذ عهد الرسالة مارة بخلافة الراشدين والامنويين والعباسيين الى نهاينة العهد العثماني وبداية احتلال الدول الاستعمارية الغربية للعالم العربي.
- ٢-ان الأمة العربية هي المكلفة من عند الله بايصال شعاع الاسلام الى كل زاوية مظلمة
 من زوايا كوكب الارض، قال تعالى: ﴿ كُنْتُمْ خَيْسَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَالْمُرُونَ

بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ ﴾ (١) ، فالمفروض ان تكون القوانين العربية يقتدي بها العالم غير العربي ليكمل بها نواقص تشريعاته ، ولكن من المؤسف ان نرى اليوم هذه الحقيقة معكوسة ونجد اكثر القوانين العربية مستوردة من الدول الغربية ومسرد ذلك الى امرين:

أحدهما: جهل اكثر المسؤولين والقانونيين بابعاد الشريعة الاسلامية واهمية احكامها وعدم التمييز بين الدين والشريعة، فالدين معتقدات وعبادات والشريعة تنظيم للحياة والقرآن فرق بينهما فالدين مشترك بين جميع الاديان السماوية، قال تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنْ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالنِّنِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلاَ تَتَفَرَّتُوا فِيهِ ﴾ (٢) ، ولكن لكل امنة شريعة ومنهاج خاص قال سبحانه: ﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةٌ وَمِنْهَاجًا ﴾ (٢) .

والثاني: احتلال الدول الغربية الاستعمارية للعالم العربي بعد الحرب العالمية الاولى وكان لهذا الاحتلال الاثر السيء الذي انعكس على الشعوب العربية في معتقداتهم وعاداتهم وتقاليدهم بحيث زعم البعض ولا يزال يزعم أن الاتجاه والسير على هدى الشريعة الاسلامية رجعية وتقهقر إلى الوراء بينما أتباع النهج الغربي من سمات الحضارة والتقدم والتطور.

ولكن بعد ان تحررت الدول العربية من الاستعمار البغيض اخذت تتجه نحو السير على روح الشريعة الاسلامية وبناء حضارتها على أسس جديدة وفي مقدمتها القيم السامية وكان العراق في مقدمة تلك الدول في القانون المدني القائم والاحوال الشخصية ورغم هذا التحرك الجديد نحو الشريعة الاسلامية لا تنزال القوانين العربية الحديثة منقسمة على اتجاهين متعاكسين اتجاه متأثر بالفقه الغربي واتجاه اخر اقترب كثيا الى الشريعة الاسلامية ودراسة هذا الموضوع بصورة صعيعة كافية وافية تتطلب استقراء تاما ودراسة ميدانية للمقارنة بين الشريعة الاسلامية وجميع فروع القانون في البلاد العربية وهي تتطلب مجلدات لهذا اقتصر على نماذج محتصرة لثلاثة انواع من القوانين قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وقانون العقوبات وذلك في ثلاثة مباحث.

⁽١) سورة آل عمران - الآية: ١١٠.

⁽۱) سورة الشوري- الآية ۱۳.

^{(&}quot;) سورة المائدة- الآية: ٨٤٨.

المبحث الأول اثر الاحكام الشرعية في قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة

قانون الاحوال الشخصية هو مجموعة قواعد عامة تنظم العلاقات الاسرية وتحدد حقوق والتزامات كل فرد من حيث مركزه في الأسرة.

الاستعمار الغربي لم يستطع طوال العصور الماضية ان يسؤثر على الشعوب العربية في العلاقات الأسرية، ولا تزال القيم الدينية والاخلاقية السامية هي الاساس لتلك العلاقات لذا ظلت قوانين الاحوال الشخصية عتفظة بمصدرها الاصلي وهو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي دون تقيد اكثرها بمذهب معين، ولسعة الموضوع وضيق المجال اقتصر على نماذج صنها بحمد تسلسلها التأريخي:

لُولاً: قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ للعدل بقانون الاحوال الشخصية الجديد رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩.

قبل العهد الفاطمي كان المذهب الرحمي في القضاء المصري هو المذهب الشافعي شم حل عله المذهب الحنفي ثم تم تقنين اكثر احكام الاحوال الشخصية فصدرت القوانين الآتية بعد قانون ١٩٢٠ اهمها:

١-قانون الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢.

٢-قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٣-قانون لاتحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٣١.

٤-قانون الميماث رقم ٧٧ لمسنة ١٩٤٣.

٥-قانون الموصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٢.

ولم يخالف المشرع المصري في هذه القوائين احكام الشريعة الاسلامية غير اند يلاصظ عليه ما يأتي:

أ-يوحد جميع احكام الاحوال الشخصية في قانون واحد.

ب-معالجته لهذه الاحكام ليست بطريقة متسلسلة طبيعيسة كسبائر قبوانين البلاد العربية رغم ان مصر كانت مركز الثقافة الاسلامية. غير ان في معالجته احكام الوصية يعتبر ادق واشمل وافقه القوانين العربية في هذا الموضوع.

ج-لم يحل القاضي الى الفقه الاسلامي بصورة عامة او الى مذهب معين كما فعل في القانون المدنى.

ثانيا: عِلَة الاحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٧ ^(١)

تناولت هذه المجلة احكام الزواج والطلاق في (٨٤) فصلا واحكام لليراث في الفصول (١٥٢-١٥٩) والهبية (٢٠٠- ١٥٢) والمرسية (١٧١- ١٩٩) والهبية (٢٠٠- ٢٠٣) ويلاحظ على هذه المجلة انها خرجت عن الشريعة الاسلامية في مسألتين: احداهما: اشتراط الشكلية لوقوع الطبلاق فينص الفصيل (٣٠) علمي انه (لا يتسع الطلاق الا لدى المحكمة).

والثانية: اقرت مشروعية التبني في ملحق ونظم احكامه في الفصول (٨-١٥) ونصت في الفصل (١٥) على ان (للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني ازاء المتبنى نفس الحقوق الستي يقرها القانون للابوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما).

ونأمل ان يعيد المشرع التونسي النظر في هاتين المسألتين وينظمها بما لا يصطدم مسع نصوص الشريعة الاسلامية.

ثالثا: مدونة الاحوال الشخصية للفريية لسنة ١٩٥٧ ^(٢)

نظمت احكام النزواج في الفصول (١-٤٠) واضلال ميشاق الزوجيمة في (٤٤-٨٧) والولاية والنياسة الشرعية في (١٣٢-١٧٧) والولاية والنياسة الشرعية في (١٣٣-١٧٧) والوصية في (١٧٣-٢٩٧) وفي نهايمة كمل موضوع نص فصل على ان: (كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه الى المراجع والمشهور او مما جرى به العمل من مذهب الامام مالك).

⁽⁾ نشر بالرائد للجمهورية التونسية، عدد ٦٦، ١٧/اوت/١٩٥٦.

⁽٢٣٥٤)، ٦/دجنبر: ١٩٥٧. نشرت بالجريدة الرسمية، العدد (٢٣٥٤)، ٦/دجنبر:١٩٥٧.

وتتميز هذه المدونة بالميزات الآتية:

أ-تناولت احكام اكثر المسائل المهمة في الاحوال الشخصية بطريقة متسلسلة واضعة في صياغتها شاملة في بيانها اضافة الى انها لا تشتمل على حكم خالف للشريعة الاسلامية.

ب-قانون وحيد سمى الزواج ميثاقا ولم يعتبره عقدا وحسنا فعل لانه مطابق لقوله تعالى ﴿وَأَخَذُنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (١١٠).

ج-قانون وحيد عالج حكم الطلاق في الحيض وأخذ برأي وسط بين القول بوقوع الطلاق والقول بعدم وقوعه أخذا بمذهب الامام مالك رحمه الله فنص الفصل (٤٧) على انه: (اذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة)، غير انه يلاحظ على هذه المدونة انها تحيل القاضي في كل مسألة لم تتناولها الى مذهب الامام مالك فهذا المذهب رغم انه اقرب المذاهب الى الواقع وان الفقه الفرنسي تأثر به ٤٠٪ بحسب الدراسات التي جرت في المقارنة بين الفقه الفرنسي وهذا الفقه الا ان التقيد بمذهب معين في كل شيء امر مرفوض في المنطق الاسلامي.

رابعاً: قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

من الفتح الاسلامي الى الاحتلال الانكليزي كان القانون الذي يلتنزم به القضاء العراقي بتطبيقه هو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي وبوجه خاص فقه ابي حنيفة وفي عهد الاحتلال اصدر قائد جيش الاحتلال البريطاني بيانا في كانون الاول ١٩١٧ بموجبه اصبحت مسائل الاحوال الشخصية للامامية من اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقا للمذهب الجعفري ومسائل الاحوال الشخصية لأهل السنة من اختصاص المحاكم الشرعية تحكم فيها بالمذهب الحنفي وفي العهد الملكي تم اقرار هذا التمييز كما صدر قانون الاحوال الشخصية للاجانب ١٩٣١ (٢١).

وفي العهد الجمهوري صدر قانون رقم ١٨٨ غير ان هذا القانون ولد ناقصا فلم يتناول اكثر مسائل الاحوال الشخصية وفي مقدمتها احكام المياث بسل احال المادة (٩٠) القاضى الى ما كان عليه قبل تشريع هذا القانون بالنسبة لتوزيع التركات ثم اجريت

⁽١) سورة النساء- الآية: ٢١.

⁽٢) شرح قانون الاحوال الشخصية، للاستاذ عسن ناجي، ص١١٠ ومابعدها.

عليه تعديلات استحدثت احكاما اكثرها بعيد من الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاسلامية ومن هذه الاحكام ما يأتى:

- ١-تنص (٩/٩) على انه: (يعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يستم المدخول، المفهوم المخالف لهذا الشرط هو ان الباطل يتحول الى الصحيح بالدخول ولو كان بالاكراه على اساس انه اجازة لاحقة ولم يقل اي قانون في العالم بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة. لذا اقترح تبديل تعبير: (باطلا) بتعبير (موقوفا او فاسدا).
- ٢-تنص (٩/٤٣) على ان للزوجة طلب التفريق: (اذا حكم على زوجها بعقوية مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)، جميع قوانين الدول الاسلامية وغير الاسلامية لا تعطي هذا الحق للزوجة الا بعد مضى سنة على الاقل من تنفيذ الحكم باستثناء القانون الروسى.
- ٣-تنص (٩٧٤٣) على ان للزوجة طلب التفريق: (اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه)، مع ان القرآن الكريم نص على ان لهذه الزوجة حق طلب تفريق بعد اربعة اشهر قال تعالى: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أُربَّعَةٍ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَا يُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (١) ، لان سبب الحكم ضرر الزوجة وعلته ازالة هذا الضرر سواء حلف اليمين على الهجر او لا.

فقرتان متتاليتان في مادة واحدة اولاهما ضد مصلحة النزوج والثانية ضد مصلحة الزوجة.

3-المادة (٢/٩١) (٢/ المعدلة اعطت للبنت مركزا اقوى من مركز الابن بدلالة المادة (٩٠) فمن مات من اهل السنة عن جد وجدة وابن لكل منهما السدس والباقي للابن، واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت، وهذا ما لم يقل به اي قانون في العالم، لذا اقترح تعديل هذه الفقرة بالعبارة التالية: (وتكون البنت بمثابة الابن في الحجب).

⁽١) سورة البقرة – الآية ٢٢٦.

^{۲)} نص الفقرة: (۲- تستحق البنت والبنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم).

٥-العراق البلد الوحيد في العالم الاسلامي توزع التركات فيه على الورثة بطريقتين
 ختلفتين في القضاء بالنسبة لفئتين مؤمنتين باله واحد ونيي واحد وقرآن واحد
 وقبلة واحدة ووطن واحد ومصير واحد.

وعلى سبيل المثل من مات عن ابن بنت رابن عم الفقه السني يعطي كل التركة لابن العم، لأنه من العصبات، بينما الفقه الجعفري يعطي كلها لابن البنت، لأنه من المرتبة الأولى والدرجة الثانية من الورثة، فأحد الحكمين باطل لان حكم الله واحد.

خامسا: القانون السوري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥

ررد في المذكرة الايضاحية لمشروع هنا القانون (ص٣) منا يناتي: كانت الحكومة العثمانية قد حصرت القضاء والافتاء بالصنحيح البراجع من مناهب ابني حنيفة وسارت النحاكم ودوائر الفتوى على ذلك امدا طويلا تنبين بعنده ان من الضروري العدول عن القول الراجع في المذهب احيانا والأخذ من المذاهب الثلاثة الاخرى ومن مناهب غير الائمة الاربعة حيناً وجمع الاحكام الشرعية في مجموعات قانونية وذلك:

الن في المذهب (اي الحنفي) كثيرا من الاقوال المتعددة الستي لم يسبين ايها السواجع
 فكان الاختلاف من جراء ذلك في القضاء والافتاء كثيرا.

٢-لان المذهب الحنفي واسع وفروعه كثيرة وكتبه متعددة فكان يصعب على بعض
 القضاة وعلى المتخاصمين الوصول الى الحكم بسهولة وسرعة.

٣-لما تفير من الاعراف وما جد من الحوادث التي دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقر عليه المذهب الذي بنى حكمه في امثالها على عرف ذلك العصر وحوادثه. وقد تضمن هذا القانون احكام الزواج في المواد (١-٤٨) والحلال النزواج (٨٥-١٢٧) والوسية (١٦١-١٦٨) والوسية (١٦٨-٢٠٩) والوسية (٢٥٩-٢٠٩) والوسية (٢٥٩-٢٠٩)

رنصت (م/٣٠٥) على ان كل ما لم يرد عليه نص في هـذا القبانون يرجع فيـه الى القول الارجع في المذهب الحنفي.

ولا نجد في هذا القانون حكما يتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلاحظ عليه احالة القضاء الى مذهب واحد في حالة غياب النص.

سادسا: القانون الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦

تناول احكام الزواج في المواد (١-٨١) والطلاق (٨٦-١٠١) والمخالعة (١٠١-١١٢) والتغريسق (١٠١-١٠٤) والرضاع والتغريسق (١٠١-١٤٩) والعدة (١٣٥-١٤٩) والنسبب (١٥٧-١٤٩) والرضاع (١٥٥-١٥٣) والحضانة (١٥٥-١٦٩) ونفقة الاقارب (١٦٧-١٧٦) واحكام المفقدود (١٧٧-١٧٩) وميراث الاولاد الأم (م١٨٠) والوصية الواجبة (م١٨٢).

ونصت المادة (١٨٢) على ان (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة) ويلاحظ على هذا القانون ما اوردناه على القانون السوري اضافة الى ما في هذا القانون من نواقص كثيرة في احكام الاحوال الشخصية وبوجه خاص احكام المياث والوصية.

سابعا: القانون الجزائري لسنة ١٩٨١

جاء في مقدمة مشروع هذا القانون ما يأتي: اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الاساسية التالية:

١ - القرآن الكريم.

٢-السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث.

٣-الاجاء.

٤-القياس.

٥-الاجتهاد

١- الفقه على المذاهب الاربعة وعند غير الاثمة الاربعة في بعض المسائل.

٧- وكذا على نصوص تشريعية اخرى لدول شقيقة هي:

٨-قانون الاحوال الشخصية السوري.

٩-مدونة الاحوال الشخصية المغربية.

١٠-مدونة الاحوال الشخصية التونسية.

وتناول احكام الزواج في المواد (۱-٤٧) وانحلال النزواج (٢٣-٢٣) ونفقة الزوجة والاقارب (٢٣-٢٩) والاهلية (٧٠-٧٠) والولاية (٧٠-٨١) والوصاية (٨١-٩٧) والمفقود الفائب (٨٨-١٠١) والكفاءة (١٠٥-١٠٥) والوقف (١١٨-١٠٨). والوصية (١٨٨-٢٠٨) والهبة (٢٠٧-٢٠٧) والوقف (٢١٨-٢٢٨).

ويعتبر هذا القانون اشمل وأدق القوانين العربية في احكام الميراث واكثرها تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية درن تقيد عذهب معين.

ثامنا: القانون اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢

نصت المادة الاولى من هذا القانون على انه يسمى هذا القانون قانون الاحبوال

وتناول احكام الزواج في المواد (٢-٤٢) وانحلال الزواج واحكامه (٤٣-٨٩) والطهارة والايلاء واللعان والمفقود (٩٠-١٢٠) والنسب والرضاعة والحضانة (١٢١-١٤٨) والنفقيات واحكامها (١٤٩-١٤٩) والهية (١٦٨-٢٠٢) والهدية (٢٠٥-٢٠٥) والصدقة (٢٠٦-٢٠٦) والنهذر (٢٠٨-٢١٩) والوصية (٢٢٧-٢٩٨) والمهاث

ويعتبر هذا القانون اشمل قانون عربي استقى مباشرة من الفقه الاسملامي دون تقيمد بمذهب معين، وله ملحق وهو قانون الاثبات رقم (٢١) لسنة (١٩٩٢)، وهو ايضا يمثل احكام الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي.

ولضيق المجال اكتفى بهذه القرانين العربية الحديثة للأحوال الشخصية كنساذج لأثر احكام الشريعة فيها ولنا امل وطيد ان يكون يوم توحيد هذه القوانين قريبا حتى يصبح القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية قدوة لقوانين سائر البلاد الاسلامية.

المبحث الثاني اثر احكام الشريعة في القوانين المدنية العربية الحديثة

القوانين المدنية في جميع دول العالم تنظم العلاقات المالية بصورة مباشرة او غير مباشرة، ومستلزمات هذه العلاقات خاضعة للتطور والتغيير في كل زمان ومكان الأنها من نتاج العقل السليم والعقل واحد لدى كل انسان وانما الفروق بالممارسة والخبرة والتأثر بالمعتقدات والمستوى الثقافي وفهم الحياة.

ونجد أن القرآن الكريم اقتصر في هذا المضمار على بيان مبادئ عامة لا تتأثر بالمتغيرات والمستجدات والتطورات الاقتصادية، ومن هذه المبادئ:

التراضي في عقود المعاوضات، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُـوا لاَ تَسَأَكُلُوا أَمْـوالَكُمْ
 بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَا عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) والتراضي من باب تفاعل للمشاركة فلا يكفي رضاء احد الطرفين دون الآخر.

٢-طيبة النفس في التبرعات، قال تعالى: ﴿ وَٱتُوا النَّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةٌ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ
 عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ (٢).

٣-التوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانيين، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا ﴾ (٢) ، والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين العوضين، والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يختل فيه التوازن بكسب احدهما مصلحة على حساب الاخر بدون مبرر شرعى.

٤-الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود: قبال تعبالى: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّـذِينَ آمَنُهُ ا أَرْفُوا الْوُفُوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

⁽١) سورة النساء - الآية ٢٩.

⁽١) سورة النساء – الآية ٤.

^{(&}lt;sup>(7)</sup> سورة البقرة — الآية ٢٧٥.

نا سورة المائدة - الآبة ١.

٥-على كل انسان يكون في ذمته او حيازته حق للغير ان يرده لصاحبه وان لم يطالب بــه او لم علك بينة، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَسْأَمُرُكُمْ أَنْ تُسؤَدُّوا الأَمَانَسَاتِ إِلَى أَهْلِهَسَا ﴾(١)، والمراد بالامانة كل ما يجب على الانسان ان يقوم به تجاه غيره.

٢-توثيق العقود ورعاية الشكلية في كل عقد يتعرض للخصومات والمنازعات، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنِ إِلَى أَجَلِ مُسَمَّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبُ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ.. وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ.. وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَى وَلَمْ تجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانُ مُقْبُوضَةً ﴾ (٢).

هذه المبادئ الست والقواعد الكلية لا تتغير بتغير الزمان والمكان ومستجدات الحاة لذا اقتصر عليها القرآن وخول العقل البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات وتنظيم حياته الاقتصادية ومتطلبات معاملاته المالية شريطة ان يكون تحرك العقل داخل اطار من الاخلاق لأن هذا الاطار من حدود الله، وقال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدُّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ (٣).

ويناء على ذلك فان نسبة كثيرة من القوانين المدنية في العالم لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية سواء كانت متأثرة بها او لا، وفي حالة التأثر بها تكون نسبة التوافق اكثر كسا في قوانين الدول العربية والاسلامية لأنها منذ فجر الاسلام كانت خاضعة لهذه الشريعة في جميع علاقاتها لكن بعد احتلالها من الدول الاستعمارية حلت عمل الشريعة الاسلامية قوانين حديثة رهى متأثرة بتشريعات تلك الدول الاستعمارية، وبعد تحررها أخذت تتجه نحو استرداد عجدها الاول وتقترب من الشريعة الاسلامية التي كانت تحكم هذه الأمة في أوج عظمتها حيث كانت شعوب سائر الدول يحكمها قانون الغاب.

غير ان هذه النهضة التشريعية الحديثة نجدها متفاوتة في القوانين المدنيسة الحديثية فمنها متأثرة بالشريعة الاسلامية ١٠٠% كالقانون المدني اليمني رقم (١٩) لسبنة ١٩٩٢ والقانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ومنها متأثرة بها ٩٠٪ كالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

ومنها تأثرها بالشريعة الاسلامية لا يزيد على تأثرها بالفقه الغربي والقوانين الاجنبيسة الحديثة في العالم غير الاسلامي كالقانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقوانين

سورة النساء – الآية ٥٨.

سورة البقرة - الآيتان ٢٨٢-٢٨٣.

سورة الطلاق- الآية:١.

العربية الاخرى المتأثرة بالقانون المصري كالمدني السوري والليبي واللبناني.

ولعدم امكان احصائية دقيقة في هذا المجال وتعذر الاحاطة بجميع المسائل الستي تساثر فيها القانون المدني العربي بالشريعة الاسسلامية او الفقه الاسسلامي اكتفي بذكر بعض الشواهد على نسبة التأثر وبعض الاحكام المترتبة على هذا التأثر سواء كان ذلك بالنسبة للفقه الغربي او الفقه الاسلامي.

من الشواهد على التأثر بأحد الفقهين الاسلامي والفربي

- ١- القانون المدني العراقي النافذ: المادة (١) (١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد، فبمقتضى قواعد العدالة.
- ٧- القانون المدني الاردني النافذ: المادة (٢): (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ٢- فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم يوجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويُشترط في العرف أن يكون عاماً وقدياً، ثابتها ومضطرداً، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب).
- ٣- القانون المدني القطري النافذ: المادة (١) (١- تشري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة).
- ٤- القانون المدني اليمني النافذ: المادة (١) (١- يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية على جميع المصاملات والمسائل الستي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يُرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد، حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف، فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق الأصول الشريعة

الاسلامية جملة، ويُشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع نظام العام والآداب العامة).

وخلاصة ما ورد في القيوانين المبذكورة: القيانون المبدني العراقيي (م١) والمصبري (م١) والسوري (م١) والليبي (م١) والكويتي (م١): (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة).

وبلاحظ على هذه القوانين ما يلي:

- ١- قدّم العراقي العمل بالعرف على العمل بالشريعة الاسلامية.
- ٧- قُيدت مبادئ الشريعة الاسلامية بالملائمة، علما بأنه لا يوجد في هذه الشريعة مبادئ غير ملائمة، فكان المفروض ان يذكر الفقه الاسلامي بدلا من الشريعة الاسلامية.
- ٣- تعبير: (في لفظها او فحواها) الوارد في هذه القوانين، باستثناء القانون الكويتي رالقانون القطري، تعبير غير دقيق، فالصواب: (بمنطقوها او مفهموها)، لأن الاول يعطي الصلاحية للقاضي ان يستقي الاحكام من النصوص عن قناتين فقط، وهما المنطوق الصريح والمفهوم الموافق، في حين ان الثاني يعطي الصلاحية عن ست قنوات، وهى: (المنطوق الصريح، ودلالة الاشارة، ودلالة الاقتضاء، ودلالة الايماء، والمفهوم الموافق، والمفهوم المخالف).
- ٤- يوجد تناقض في القانون المدني الكويتي النافذ بين تأثره بالقانون المدني المصري وبين ما جاء في مقدمته (ص١٣): (واصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع وتتفق مع احكام الشرع الاسلامي الاغر).
- ٥- قرأت رسالة لمدى استاذنا الفاضل المرحوم ضياء شيت خطاب، بخط المرحوم السنهوري، الذي ساهم في اعداد مشروع القانون المدني العراقي النافذ وهو يعاتب من معه في لجنة الاعداد على تقديمهم العرف على الشريعة الاسلامية.
 - وورد في مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى المصرى الجديد ما يأتى:

وقد استند المشروع الى مصادر اربعة:

أولا: القانون المدني الحالي (اي القانون المدني القديم المختلط، ومن الواضح ان هذا القانون الذي اصبح مصدرا كان في عهد الاحتلال البغيض وساهم في تشريعه من لا اخلاص له للعرب ولا صلة له بالاسلام) (١١).

ثانيا: القضاء المصري: وقد توسع المشروع في الأخذ باحكام ما استقر من هذا القضاء.

ثالثا: التقنيات المدنية الحديثة ففي فجر القرن التاسع عشر بدأت حركة واسعة في التقنين المدني كانت باكورتها القانون الفرنسي (قانون نابليون) واعقبت تقنيات اخرى لاتينية نسجت على غراره في ذلك القرن وقد اقتضى مشروعنا المصري حذو هذه التقنيات.

رابعا: الشريعة الاسلامية وقد استمد المشروع كثيرا من نظرياتها العامنة وكنثيرا من احكامها التفصيلية.

ويستنتج من هذه الشواهد وغيرها أن نسبة التاثر باحكام الشريعة الاسلامية في القانونين الاردني واليمني زهاء ١٠٠% وأن نسبة التأثر بالشريعة الاسلامية في القوانين المتاثرة بالقانون المصري باستثناء القانون المدني العراقي ٢٥٪.

من الأثَّار المترتبة على التأثِّر بالفقهين الاسلامي والفربي

من الآثار المترتبة على الاختلاف في التأثر بالشريعة الاسلامية (او الفقيه الاسلامي) والفقه الغربي ما يأتي:

أولا: تقسيم العقود:

اختلفت القوانين المدنية العربية الحديثة في تقسيم العقد بحسب اختلافها في التأثر بالفقه الاسلامي او الغربي.

فاتجهت القوانين المتاثرة بالفقه الاسلامي الى التقسيم الخماسي او الرباعي بينمما اخمذت القوانين الاخرى بالتقسيم الثلاثي السائد في الفقه الغربي.

⁽١) ملاحظة ما بين القوسين من تعليقي وليس من عجموعة الاعمال التحضيرية.

أ-التقسيم الخماسي:

من القرانين التي اخذت بهذا التقسيم قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة المواد (٢٦ - ١٧٥) والقانون المدني العراقي الناف المسواد (١٦٧ - ١٧٥) والقانون المدني اليمني القائم المواد (١٤١ - ١٤٧) فقسمت هذه القوانين العقد الى العقد الباطسل والموقوف والنافذ غير اللازم والنافذ اللازم.

- العقد الباطل: هو العقد الذي لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه بان اختل ركن من اركانه او شرط من شروط انعقاده. والباطل والمعدوم سيان فلا تترتب عليه آشاره الشرعية (القانونية الأصلية).
- Y-العقد الفاسد: هو العقد الذي يكون مشروعا بأصله (شروط انعقاده) وغير مشروع بوصفه (شروط اكماله) وله وجود قانوني (شرعي) لكن يجب فسنخه من العاقدين ومن القاضي بعد علمه به او ازالة فساده، فاذا ازيل هذا السبب يتحول الى الصحيح تلقانيا بخلاف الباطل فانه لا ينقلب الى الصحيح اذا ازبل سبب بطلانه بل يجب ان يستأنف عجددا اذا اراد العاقدان.
- ٣-العقد الموقوف: حو العقد الذي ينعقد صحيحا لكن لاينتج اشاره (الحقوق والالتزامات) الا بعد اجازة من له حق مباشرته، كبيع الفضولي فينعقد في مذهب الامام مالك وابي حنيفة وبه اخذ القانون المدني العراقي والاردني والميمني وينتج اثاره بعد اجازة المالك بالأثر الرجعي، وعقد ناقص الاهلية اذا كان من المعاوضات، غير ان المشرع العراقي اعتبره موقوفا في المادة (٩٧) متأثرا بالفقه الاسلامي وعده قابلا للابطال في المادة (٣/١٣٨) متأثرا بالفقه الغربي وبذلك وقع في التناقض.
- ٤-العقد النافذ غير اللازم: هو العقد الذي ينعقد صحيحا رينتج اثاره غير ان لكل من العاقدين او لأحدهما فسخه بارادته المنفردة لطبيعته كعقد الركالة والاعارة بالنسبة للعاقدين وعقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن او لسبب عارض كخيار من الحيارات المقترنة بالعقد.
- ٥-العقد النافذ اللازم: هو العقد الذي لايحق لأي من العاقدين فسخه بارادت المنفردة
 بعد توافر شروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه كعقد البيع.

وهذا التقسيم الخماسي هو مذهب أبي حنيفة وقد علل قوله بأن العقد الفاسد كمرطة بين مرحلتي الصحة والبطلان بأنه لو اعتبر باطلا للزمت التسوية بين ما هو مشروع بأصله

وغير مشروع بوصفه (اي الفاسد) وبين ما ليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه (الباطل) وهذا خلاف العقل السليم والمنطق.

ولو اعتبر صحيحا للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه (الصحيح) والمشروع بأصله وغير المشروع بوصفه وهذا ايضا يصطدم مع العقل السليم والمنطق.

ب-التقسيم الرباعي:

اخذ به المشرع العراقي في المدني النافذ وقسمه الى الاقسمام المسذكورة باستثناء العقد الفاسد رغم انه أخذ به في قانون الاحوال الشخصية كما ذكرنا، وهذا هو رأي جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية فنظم المدني العراقي احكام هذه الاقسام الاربعية في المواد (٩٧، ١٣٣، ١٣٨، ١٣٨).

ج-التقسيم الثلاثي:

وهو تقسيم غربي يقسم العقد الى الباطل والقابل للابطال والصعيح، والقابل للابطال في الفقه الاسلامي رغم خلط بعض الفقه الاسلامي رغم خلط بعض شراح القانون المدني في العراق وفي مصر بينه وبين العقد الموقوف.

وأخذ بهذا التقسيم كل قانون متأثر بالقانون المصري المتأثر بالفقه الغربي كالمدني السوري والليبي واللبناني والكويتي.

وتقع مسؤولية القوانين العربية التي وقعت في التناقضات نتيجة الاخذ بالتقسيم الثلاثي على فقهاء القانون في العالم العربي.

رغم اعتراف هؤلاء الفقهاء بأهمية العقد الفاسد والعقد الموقوف وعلى سبيل المشال دون الحصر استشهد برأي فقيهين كبيرين وعالمين جليلين من علماء القانون في مصر.

يقول المرحوم السنهوري^(۱): "على الرغم من ان العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينستج في الاصل أثرا وان وجوده على خطر الزوال اذ هو مستحق الفسخ يقوم بعدور مهم في حماية الفير وحماية العاقد نفسه فهو بعيد عن ان يكون عقدا باطلا لا أثر له فالعقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري وهو انه اذا ازيل منه الفساد انقلب صحيحا وانستج السره لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعى"؟

^{&#}x27; مصادر الحق: ٢٧٤/٤، نقلته بالاختصار فمن اراد المزيد فليراجع هذا المرجع.

ثم يقول: وقد اثنى فقهاء القانون على صنيع ابي حنيفة هذا لان العقد الفاسد يحسي كثيرا من العقود من الانهيار.

ويقول الاستاذ سليمان مرقس (۱) : "من الضروري أن يعمل القضاء المصري بالعقد الموقوف رغم سكوت المشرع، ومن الضروري التمييز بين العقد القابل للإبطال، والعقد الموقوف في الشريعة الاسلامية عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة غير انه الموقوف في الشريعة الاسلامية عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة غير انه صدر من شخص لا ولاية له في انشأته كعقد الفضولي وعقد الوكيل خارج حدود وكالته وعقد الوصي خارج حدود وصايته وحكمه: أن لا يترتب عليه اشر قبل الاجازة في حين أن العقد القابل للابطال ينتج جميع آثاره من وقت أبرامه. ولم يذكر التقنين الحالي (القانون المدني المصري الجديد) شيئا من العقد الموقوف إذ اقتصر على العقد الصحيح والباطل والعقد والقابل للابطال، فكان ذلك سببا في الخلط أحيانا كثيرة بين العقد القابل للابطال والعقد الموقوف، وقد أدى ذلك الى وصف بعض العقود بأنها قابلة للابطال لمجرد صلاحيتها لورود الاجازة عليها، على الرغم مما هو مسلم بأن هذه العقود لا تنتج قبل أجازتها أي اشر كعقد الوصي أو الولي خارج حدود ولايته دون أذن المحكمة وعقد الفضولي وغو ذلك والصواب أن هذه العقود موقوفة على الاجازة".

أهمية التقسيم الخماسي

لهذا التقسيم أهمية كبيرة في الحياة العملية منها:

١- في العقد الموقوف حماية لمصلحة من تقرر التوقف لمصلحته كمصلحة ناقص الاهلية في تصرفاته من المعاوضات ومصلحة المالك في العقد الفضولي ومصلحة الدائن المرتهن في بيع المرهون عن الدين بدون اذن المدين الراهن لان التوقف يحسي مصلحته اكثر من حق التتبع وغو ذلك.

٢-في العقد الفاسد جماية كثير من العقود من الانهيار حيث تتحول تلك العقود الفاسدة
 الى صحيحة بمجرد ازالة سبب فسادها او الاجازة اذا كان فساد العقد للاكراه.

٣-في الزواج الفاسد بخلاف الباطل اذا حصل الدخول تترتب عليه الاثار الشرعية الاتية: أ-نسب الولد الذي يتكون من هذا الدخول شرعى حماية لمستقبله.

⁽١) الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والارادة المنفردة: ٢٢٤/١ - ٤٢٤، وأصول الالتزامات ص٢١٨، نقلته بالاختصار.

أشر أحكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة

ب-على المدخول بها العدة من تاريخ التفريق بينهما كالمطلقة.

ج-يجب للمدخول بها مهر المثل او الاقل منه من المسمى تعويضا عن الضرر المنسوي الذي لحق بها.

د-تسقط عقوية الزنا للشبهة.

هـ- تثبت به المصاهرة كالدخول الشرعي.

ثانيا: في المسؤولية التقصيرية

في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي عناصر المسؤولية التقصيرية: (الخطأ + الضرر + علاقة السبيية).

والخطأ في الفقه الغربي" هو الاخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل اياه، فيتوقف الخطأ على عنصرين: مادي (هو الاخلال بواجب قانوني)، ومعنوي (هو ادراك المخل لاخلاله).

ورتبت القوانين الغربية والقوانين العربية المتأثرة بها على ذلك عدم المسؤولية التقصيرية لكل من الحق الضرر بالغير بغير ارادة حرة مدركة كعديم التمييز والساهي والخاطئ والمغمى عليه ونحو ذلك من كل فاقد ادراك أو لفرض خارجي، وهذا يتعارض مع العدالية فما هو ذنب المضرور؟ وبوجه خاص اذا كان لمحدث الضرر امكانية مالية. اما عناصس هذه المسؤولية في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي (م/١٩١) فهي ثلاثة ايضا:

(العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).

فلا يشترط للالزام والإلتزام بالتعويض توافر الخطأ بالمفهوم الغربي بل يكفي ان يكون العمل غير مشروع في حد ذاته كالاتلافات بدون مبر بغض النظر على اهلية الفاعل هذا اذا كان احداث الضرر بالمباشرة اما اذا كان بالتسبب فانه لا فرق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في اشتراط توافر عنصر الخطأ.

ثالثًا: في الفوائد الربوبية

من الواضع ان الفوائد الربوية على القروض والديون عرمة بنص القرآن الكريم بطريقة قاطعة لاتقبل الاجتهاد والتأويل ورغم ذلك اقرتها القرانين المدنية العربية الحديثة الستى

تأثرت بالفقه الغربي بسبب الاستعمار والاحتلال الاجنبي ومع ذلك شعر المشرع لهذه القرانين بالمسؤولية امام الله فاتجه الى تضييق نطاقها عن الطرق الآتية:

١-تحريم تقاضي الفوائد على متجدة الفوائد كمبا في المدنى المصرى (م/٢٣٢)، والسسوري (م/٢٣٣)/ واللسيبي (م/٢٣٥)، والعراقسي (م/١٧٤)، واللبنساني (م/٧٦٨)، غير أن هذا الاخير يجيز الفوائد على الفوائد المتجمدة بشرطين:

احدهما أن لا تقل الفوائد المتجمدة عن فوائد سنة.

والثاني ان يتم اتفاق الدائن والمدين مسبقا عليها.

٢-وضع الحسد الاقصى لمسعر الفائسدة في المصري (١/٢٢٧):٧٪، في المسوري (م۱۷۲۸) ۶٪، في الليبي (م۲۳۰/۱) ۱۰٪، في العراقي (م۱۷۱/۱) ۷٪.

٣-اذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضي الفوائد فلايجوز للدائن ان يتقاضى الفوائد علسى السدين: المصدري (م/٤٤٧)، المسوري (م/٥١٠)، اللسيبي (م/٥٤١)، العراقسي (م۲۹۲/۱)، اللبناني (م۲۲۷/۱).

٤-لاتسري فوائد التأخير الاعسن وقست المطالبة القضائية بها: العراقسي (م/١٧١)، السوري (۲۷۷) / الليبي (م/۲۲۹).

٥-لا يجسوز أن تكسون الفوائسد اكثس مسن رأس المسال: المصسري (م/٢٣٢)، العراقسي (م/١٧٤)، السوري (م/٢٣٣)/ الليبي (م/٢٣٥).

٣-اذا تسبب الدائن بسوء نية في اطالة النزاع جاز تخفيض الفوائد او عدم القضاء بها: العراقي (م/١٧٣/)، المصري (م/٢٢٩)، السوري (م/٢٣٠)، الليبي (م/٣٣٣).

٧- في عقد القرض اذا اتفق على فوائد جاز للمدين بعد (٦) اشهر على القرض ان يبدى رغبته في الفاء المقد ورد ما افترضه (١٠).

هذه المحاولات لتضييق نطاق الغوائد الربوية - بعد اقرار اباحتها بتـ أثير مـن القـوانين الغربية - قام بها المشرع في القوانين المذكورة بعد تحرير بلادها من الاستعمار الاجنبي وبعد شعورها بان تخليل هدذه الغوائد مخسالف للنظسام العسام في السبلاد العربيسة وهسو الشسريعة الاسلامية، ونتمنى أن يأتي يوم -قريبا- يرجع فيه المسلمون إلى الشريعة الاسملامية الستي كانت هي القانون الوحيد لهذه الدول حين كان في أوج عظمتها.

مصادر الحق، للسنهوري: ٢٤٤/٣، ومابعدها.

اما القوانين المدنية العربية الحديثة المتأثرة بالشريعة الاسلامية اقسرت بنصوص صريحة تحريم هذه الغوائد بصورة مطلقة عملا بالدستور الالهي الذي حرم كافة انواع الفوائد.

رمن هذه التقنيات:

أ-المدني الاردني النافذ (م/٦٤٠): (اذا اشترط في عقيد القيرض منفعية زائيدة على مقتضى العقد سرى توثيق حق القرض لغى الشرط وصح العقد).

ب-المدني اليمني تناول هذا القانون موضوع الربسا وشسروط الاسستبعاد عنسه في المسواد (م/٥٦٨-٥٧٥) ونص في (م/٦٢٠) على انه: (لا يجوز ان يجر القوض علسي المقسرض اية منفعة، ولا يجوز ان يشترط المقترض انقاص ما اقترضه ولا يجوز شرط عقد آخر في القرض).

د-المدني الكويتي النافذ (م/٥٤٧)": (يكون الاقتراض بغير فائدة ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته ويعتبر بحكم الفائمدة كل منفعة يشترطها المقرض).

هـ-المدني الموريتاني رقم(٨٩/٨٩) لسنة ١٩٨٩ قانون الالتزامسات والعقود: نصبت (م/٨٤) على ان: (اشتراط الفائدة من الافراد باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا او اتخذ شكل هدية او اي نفع اخر للمقرض او لاي شخص غيره يتخذ وسيطا له).

ويلاحظ على هذا القانون انه حصر حظر الفائدة الربوية في الاشخاص الطبيعيين بقوله (من الافراد) ويا حبذا لو بدل تعبيد: (الافراد) ب_(الاشخاص) حتى يشمل الشخص المعنوي ايضا.

واكتفي بهذا القدر لبيان مدى اثر احكام الشريعة الاسلامية في القوانين المدنية العربية الحديثة لضيق المجال وسعة الموضوع.

المبحث الثالث اثر احكام الشريعة الاسلامية في القوانين الجزائية العربية الحديثة

الجريمة في الشريعة الاسلامية كل ما هو عظور معاقب عليه سوا، كان قولا كالقذف او فعلا كالقتل او أعلا كالقتل او أمتناعا كالكف عن اداء الشهادة الواجب اداؤها.

والمعيار الموضوعي العقلي والشرعي للتمييز بين ما هو مباح وما هو عمرم في الشريعة الاسلامية هو ان كل مافيه نفع خاص او عام او مشترك فهو مباح ما لم يترتب عليه ضرر معادل له او اكثر منه.

وكل ما فيه ضرر خاص او عام او مشترك فهو عظور معاقب عليه اذا اقتن بقصد جنائي ويوجب الضمان اذا لم يقترن به مالم يترتب على هذا الضرد نفع عام كالعقوبة فهي ضرد عمض لكن تحمي الارواح والاعراض والاموال والاستقرار لذا اقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية.

رعلى أساس هذا المعيار قال فلاسفة المعتزلة بامكان عقل الانسان ان يدرك الاحكام الشرعية الحسسة (الرجوب، الندب، الحرمة، الكراهة، والاباحة) لتصرفات الانسان قبل الشرع على الساس الحسن والقبع العقليين المبنيين على النفع والضرر، فكل ما في فعله نفع وفي تركه ضرر فهو واجب كالعدل وكل ما في تركه نفع وفي فعلمه ضرر فهو عرم كالظلم وهكذا.

وهذه الفكرة الفلسفية الاسلامية سبقت فكرة القانون الطبيعي ونظرية تقسيم الجرائم الى القانونية والطبيعية.

وينبني على المعيار المذكور ان جميع التشريعات الجزائية في الكرة الارضية في الماضي والحاضي والحاضر والاحكام سواء كان هذا التلاقي من باب الاتفاق او من فصيلة التأثر بالشريعة الاسلامية.

اقسام الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية

قسم فقها، الشريعة باعتبار الحق المعتدى عليه وخطورته والتنصيص على التجريم والعقاب الى ثلاثة اقسام رئيسة وهي تشمل جميع اقسام الجريمة في القانون الوضعي سواء كانت جناية او جنعة او خالفة.

القسم الاول: جرائم الحدود:

وهي جرائم الاعتداء على حق الله (الحق العام) كالردة وتعاطي المسكرات او على حق مشترك يكون حق الله فيه هو الغالب كالسرقة والزنا او يكون الحق الخاص هو الغالب كالقذف. والسرقة، وقطع الطريق، السرقة الكبرى، والارتداد، وتعاطي المسكرات). وعقوبتها الجلد والاعدام وقطع اليد، اذا توافرت جميع اركانها وشروطها وانتقت موانعها.

ميزات عقريات الحدرد

تتميز هذه العقربات بالآتى:

- الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص الشرعي (القرآن الكريم والسنة النبوية). وأقسرت الشريعة الإسلامية قبل القانون بمنات السنين بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).
 - ٧. لا تتأثر بالظروف المشددة والمخفضة بل تطبق كما حددت في النص النبوية).
- ٣. لكل بالغ عاقل تحريك الدعوى ضد الجاني لانه من باب الامر بالمعروف والنهبي عن المنكر.
- ٤. لا تطبق الا بعد اتخاذ الاجراءات القضائية وصدور الحكم وتصديق ولي الامر (رئيس المدولة).
- ٥. عقوبات ذات طابع عام وتسمى حقوق الله المحضة لذا لا يملك احد اعفاء الجاني من مسؤوليته الجنائية بعد رفع الامر الى القضاء.
- ٩. عقوبات متداخلة بمعنى ان من ارتكب جريمة الزنا او تعاطي المسكر مثلا عدة مرات والقي القبض عليه وحكم فلا يعاقب الاعلى المرة الاخيرة عند جمهور فقهاء الشريعة.
- ٧. تسقط بالشبهات وتحل علها عقوبات تعزيرية كالسرقة بين النزوجين او بين الاصول والفروع او وقت الحاجة.

٨. لرجوع الشاهد عن شهادته والمقر عن اقراره قبل تنفيذ الحكم اثر فلا يجوز التنفيذ
 بعد ذلك اذا كانت الجرعة ثابتة بالشهادة او الاقرار.

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية:

هي جرائم الاعتداء على حياة الانسان وسلامته وبما أن حياة الانسان مشتركة بينه وبين المجتمع تكون العقوبة من حيث التنفيذ بين المجتمع الممثل بالدولة وبين أسرة المجني عليه (ولي الدم) غير أن الحق الحاص هو الغالب لان مأساة الجريمة ونتائجها السلبية بالنسبة للأسرة أكثر مما تلحق بالمجتمع، وبناء على ذلك يكون حق الورثة في تنفيذ العقباب أكثر من حق الدولة بناء على القاعدة الشرعية والقانونية العامة (الفنم بالغرم) فسا دام غسر اسرة المجنى عليه أكثر فغنمها يجب أن يكون أكثر لذا قال سبحانه وتعالى: (وَمَنْ قُتِلَ مَظُلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيَّهِ سُلُطَانًا) (١٠)، والسلطان هو الخيار بين المطالبة بتنفيذ القصباص والعدول إلى التعويض (الدية) والتنازل. وفي الحالتين الاخيرتين للدولة عقاب الجاني بالسجن والحبس كعقوبة تعزيرية على اعتدائه على الحق العام. وجدير بالذكر أن هذا الخيار لايعسل أذا كان الجاني قد ارتكب هذه الجريمة مرة اخرى سابقا.

ميزات عقربات القصاص والدية:

تتميز هذه بالآتي:

- ١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص.
- ٧. الحق المعتدى عليه مشترك بين الفرد والمجتمع والحق الخاص هو الغالب.
- ٣. اذا كانت الجرعة عمدية وتوافرت أركانها وشروطها وانتقت موانعها يجب القصاص ما لم يتنازل ولى الدم.
- 4. ليس لولي الامر (رئيس الدولة) سلطة العفو العمام او الحماص في عقويمات جرائم
 القصاص والدية وانما يكون هذا الحق لورثة المجنى عليه.
- ٥. للمجنى عليه اذا كان على قيد الحياة ولورثته بعمد الممات حق الحيارات الثلاثة المذكورة.
 - ١. يخضع القصاص للاجراءات القضائية وتصديق رئيس الدولة.

⁽١) سورة الاسراء - الاية: ٣٣.

٧. في حالة القتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل خطأ تجب الدية دون
 القصاص وتكون في مال الجاني في الحالة الاولى وعلى العاقلة في الحالة الثانية.

القسم الثالث: جرائم التمازير

وهي جرائم الاعتداء على الحقوق العامة والحاصة ما عدا المذكورة في القسمين السابقين. والتعزير عقوبة ترك الشارع استحداثها وتحديدها لرئيس الدولة بتعاون مع اهل الشورى وجرائم التعزير ثلاثة أنواع:

النوع الأول:

كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية كالزنا اذا لم يثبت باربعة شهود والسرقة بين الاصول والفروع او بين النزوجين او الشريكين او في وقبت الحاجبة والفقر.

النوع الثاني:

كل جريمة ورد النص على تحريمها دون تحديد عقوبتهما كالتجسم والرشوة والغصب وخيانة الامانة والتزوير ونحو ذلك.

النوع الثالث:

كل فعل او امتناع يضر بالمصلحة العامة لولي الامر بتعاون مع اهل الشورى اعتبساره جريمة وتحديد عقوبة لها تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورتها وظروف الجاني.

تتميز عقوبات التعزير بالآتى:

١-استحداثها وتحديدها من اختصاص السلطة التشريعية الزمنية.

٢-لا يحتاج تنفيذ العقوبة الى تصديق رئيس الدولة الا اذا كانت العقوبة هي الاعدام.

٣-تطبق على ناقص الاهلية بخلاف عقوبات الحدود والقصاص.

٤-تتأثر بالظروف المشددة والمخففة.

٥-تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص.

 الرئيس الدولة اعفاء الجاني من العقوية التقريرية او تخفيفها اذا كان في ذلك مصلحة عامة.

٧-عقربات التعزير غير محصورة بخلاف عقوبات الحدود والقصاص والدية.

٨-جرائم التعزير قد تكون وقتية وقد تكون استمرارية بخلاف جرائم الحدود والقصاص
 والدية فانها وقتية فقط.

وتلتقي التشريعات الجزائية في دول العالم الشريعة الاسلامية في هذا القسم الثالث (جرائم التعازير وعقرباتها).

اهم نقاط التلاقي بين الشريعة والقانون:

١-مبدأ شرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) وقد اقرت الشريعة الاسلامية هذا المبدأ قبل القانون بقرون في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَدَّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ (١).
 رُسُولاً ﴾ (١).

٢-مبدأ شخصية الجرعة والعقوبة وقد نص القرآن عليه في آيسات منهسا: ﴿وَلاَ تَسْزِرُ وَانِرَةٌ وَنْرَ أَخْرَى ﴾ (٢).

٣-الاركان العامة للجريمة (الركن المادي والشرعى والمعنوي).

٤-الاصل براءة الذمة والمتهم بريء حتى تثبت ادانته. هذه القاعدة العامة عرفتها الشريعة بقرون قبل القانون.

٥-اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب.

٣-العقاب للاصلاح لا للتعذيب والانتقام.

٧-الاجراءات القضائية ضرورية للعقاب، فلا يجوز الانتقام الفردي.

٨-الظروف المشددة والمخففة في جرائم التعزير.

٩-الطرق الوقائية والتدابير الاحترازية غير ان الشريعة الاسلامية تفرض الاخذ بها قبل وقوع الجريمة بناء على قاعدة: (ان الوقاية خير من العلاج) وكذلك بعدها.

اهم النقاط التي تختلف القوانين فيها مع الشريعة الاسلامية:

١-لا يوجد الشروع في الشريعة الاسلامية وانما هناك جريمة تامة وجريمة ناقصة.

⁽١) سورة الاسراء - الاية: ١٥.

⁽١) سورة الانعام - الاية: ١٦٤.

- ٢-لا توجد حصانة في الشريعة الاسلامية فلا فرق بين اكبر شخصية في المجتمع وادنى شخصية من حيث المسؤولية الجنائية، قال تعالى بصيغة عامة: ﴿ فَمَنْ يَعْمَلُ مِثْقَالَ مَرْةً شَرًا يَرَهُ ﴿ اللَّهِ عَلَمُ اللَّهُ عَمْلُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًا يَرَهُ ﴾ (١).
- ٣-لا توجد اقليمية القوانين في الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين، لأن جنسية المسلم
 هو الاسلام وقانونه شخصى يلحقه اينما ارتكب الجرعة فيعاقب بالعقوبة المقررة لها.
- ٤-نطاق الجرائم السلبية في الشريعة الاسلامية اوسع بكثير منه في القوانين الوضعية لان الشريعة الاسلامية مشبعة بطابع الاضلاق والقيم وآمرة بالتعاون والتضامن والتكالف بين افراد الاسرة البشرية لان الكل من اب واحد وام واحدة وان كل خلوق من معدن واحد (التراب).
- ٥-لا يوجد تمييز في جريمة الزنا بين المتزوج وغير المتزوج، لا في تحريك الدعوى ولا في عدم جواز التنازل لاحد الزوجين، فالقانون ينظر الى جريمة الزنا على اساس انها اعتداء على حق خاص، بينما تنظر الشريعة الاسلامية اليها على اساس انها اعتداء على حق عام (قيم واخلاق المجتمع).
- ١- ولي الامر (رئيس الدولة) لا يملك العفو العام والخاص في عقوبات الحدود والقصاص والدية.
- ٧-لا يوجد الاعدام في الشريعة الاسلامية الا في حالتين، وهاتان الحالتان نظريتان أكثر من ان تكونا عمليتين، إحداهما جرعة الإعتداء على السنفس ومسا دون السنفس، إذا كانت عمدية، والثانية جرعة الردة إذا كانت مقترنة بالإفساد ضد الإسلام والإنسانية، كما في الايضاح التالى:
- أ- في جريمة القصاص والدية ترك الخيار لولي الدم فاذا طبق هذا الخيار يكون تطبيــق القصاص (الاعدام) قليلا جدا.
- ب-عقوبة الاعدام بالنسبة لجريمة زنا الزوج او الزوجة في حال قيام الزوجية لا توجد في القرآن ولم تطبق طوال العصور الاسلامية، باستثناء حالتين او شلاث في عهد الرسالة، حيث ثبتت الجريمة باقرار الجاني امام الرسول (義) اربع مسرات رغسم ان الرسول (義) رغب كثيما في تراجع الجماني عسن اقسراره. فهذه العقوبة احاطها الرسول (義) رغب كثيما في تراجع الجماني عسن اقسراره. فهذه العقوبة احاطها الشارع بقيود من المستحيل تحققها منها اثباتها باربعة شهود مسن الرجال

العادلين لا يقع اي خلاف في افادتهم وبناء على ذلك تكون هذه العقوبة تخويفية اكثر من ان تكون تطبيقية.

ج-عقوبة الاعدام بالنسبة للمرتد المفسد في الأرض ايضا محاطة بقيسود وشروط مسن النادر تحققها ومن هذه الشروط ما يأتى:

١-ان يقف المرتد ضد الاسلام بلسانه او قلمه او فعله كما حددث ذلك بالنسبة لمن
 طبق عليه الرسول (美) عقوبة الاعدام في صدر الاسلام.

٢-تعطي مهلة للمرتد مدة لا تقل عن ثلاثة ايام للتراجع عن ارتداده حتى ولو
 كان ذلك التراجع باللسان فقط. اضافة الى ذلك فان عقوية الاعدام لم ترد في
 القرآن الكريم انما ثبتت بسنة رسول الله (震).

مظاهر اثار احكام الشريعة الاسلامية في التشريعات الجزائية العربية

من المؤسف ان نسبة هذا التأثير والتأثر قليلة جدا في التشريعات الجزائية العربية اذا قررنت بتأثر قوانين الاحوال الشخصية والقوانين المدنية رغم انها تتغنق مع الشريعة الاسلامية في كثير من الاحكام الجزائية لكن لم يكن هذا الاتفاق مبنيا على اساس التأثر بالشريعة الاسلامية حسبما اعتقد بل شأنها شأن بقية القوانين الجزائية للدول غير الاسلامية ومرد ذلك الى سببين:

احدهما: الاحتلال الاستعماري من الدول الاجنبية التي وضعت الأساس للتشريعات الجزائية العربية ولا تزال الاثار قائمة في كثير من النصوص التجرعية والعقابية.

والثاني: تأثر قوانين البلاد العربية بقانون العقوبات المصري الذي هو ابعد قانون في البلاد العربية والاسلامية عن الشريعة الاسلامية علما بان لدولة مصر مركزا ثقافيا اسلاميا بارزا بين دول العالم الاسلامي.

واقرب قانون الى الشريعة الاسلامية والمتأثر بها من بين القوانين العربية هو قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ وقد حاول المشرع السيمني في هذا القانون ان يجمع بين الشريعة الاسلامية والموضوعات الحديثة في القوانين العربية والاجنبية التهارض مع الشريعة الاسلامية.

وقد تناول هذا القانون بعد التعريفات العامة وبيان عناصر الجرعمة الاقسام الثلاثة الرئيسة للجرائم في الشريعة الاسلامية.

جرائم الحدود (م/١٢) (البغي والردة والحرابة والسرقة والزنا والقذف والشبرب) وجبرائم القصاص والدية (م/١٤) وجرائم التعزير (م/١٤).

وهذا التقسيم غير موجود في اي قانون عربي آخر غير انه تناول الشروع في (م/١٨) وهو غير موجود في الشريعة الاسلامية لأن هذه الشريعة تقسم الجرائم الى التامة والناقصة ثم تناول اسباب الاباحة (م/٣٠-٣٠) وموانع المسؤولية الجنائية (م/٣٠-٣٧) بنفس الاسلوب الموجود في الشريعة الاسلامية ثم بحث العقوبات المعروفة في الشريعة الاسلامية في المواد (٣٨-٤٥) وهي (الاعدام حدا او قصاصا او تعزيرا، والرجم حتى الموت، وقد أثبتنا عدم وجوده في القرآن وأن قضاء الرسول الغي بالقرآن، والقطع حدا، والقصاص بما دون النفس، والجلد، والحبس، والدية، والغرامة، والصلب في احوال خاصة، والعمل الالزامي).

ثم بين مسقطات الحدود (٤٦-٤٦) ثم احكام خاصة بالقصاص (م/٥٠-٦٩)، والاحكام الخاصة بالدية (٧٠-٧١). واحكام القسامة (م/٨١-٩٠).

والقسامة ايمان يحلفها المتهمون في عملة او قرية عند وجود قتيل او جريح فيها لايعرف الجاني بالتحديد ثم بين متى يجب في مال الجاني بالتحديد ثم بين متى يجب في مال الجاني ومتى تجب على عائلته (م/٩١-٩٩).

ثم تناول العقوبات التكميلية (م/١٠٠) والحرمان من بعض الحقوق والمزايسا (م/١٠٠- ثم تناول العقوبات المدكورة (م/١٠٨)، ثم كيفية تطبيقات العقوبات المدكورة (م/١٠٠- ١٠٩) ثم التدابير الوقائية (م/١٢٠- ٢٢٩) الجرائم المعروفة في القوانين الحديثة بحيث لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية. ثم رجع مرة اخرى لتفصيل بيسان احكام جرائم الحدود والقصاص (م/٢٣٠-٣٠٩).

ويلاحظ على هذا القانون انه رغم كونه قانونا وحيدا في البلاد العربية متاثراً بنسبة كبيرة بالشريعة الاسلامية وتبرز فيه آثبار احكام هذه الشريعة الا انه لم يعالج الجرائم والعقوبات المعروفة في الشريعة الاسلامية ببيان اركانها وشروطها واحكامها بصورة متسلسلة دقيقة كما انه لم يأخذ بما يجب الاخذ به من آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بحيث يتلاءم مع تطورات الحياة في هذا العصر والعصور التي تليه.

اما بقية قوانين العقوبات العربية الحديثة فعلى الرغم من ان اكثر نصوصها واحكامها لا تتعارض مع جرائم التعازير في الشريعة الاسلامية الا ان هذه الميزة لاتخص القوانين العربية بل هي موجودة في قوانين جميع دول العالم فهي تلتقي مع الشريعة الاسلامية لا

لانها متأثرة بها وانما لان هذه الجرائم والعقوبات من نتائج تنظيم العقبل السبليم والعقبل السليم مخول بهذه المهمة عقتضى الدستور الالهى (القرآن الكريم).

لكن تبرز آثار احكام الشريعة الاسلامية في قوانين العقوبات العربية الحديثة في الجرائم المخلة بالعرض والاخلاق العامة من الدين وهتك العبرض والحبض على الفجيور والليواط والسحاق والفضائح العلنية والزنا والمسكرات والمخدرات ولعب القمار ونحو ذلك.

كما جاء في المواد الآتية: العراقي (م/٢٨٩-٢٠٥)، القطري (م/٢٠٩-٢٣٤)، اللهيبي (م،٢٨٩-١٩٥)، الاردنسي (م/٢٩٢-٢٣٠)، سيلطنة عمسان (م/٢١٨-٢٣٤)، الجزائسري (م/١٤٤-٣٤٩)، اللبناني (م٢٢٦-٢٥٤)، الكويتي (م/١٨٦-٢٠٨)، الامارات (م،٧٨-٨٦)، الفلسطيني الثوري (م/٣٢٥-٣٧٥).

ويعتبر قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ اكثر هذه القوانين تسأثرا بالشريعة الاسلامية في القضايا المذكورة انفا، ذلك لأن هذه القوانين رغم تأثرها بالشريعة الاسلامية، لاتزال متأثرة في بعض الجوانب بالتشريعات الجزائية الغربية، كالتفرقة بين زنما الزوج والزوجة، حيث لا يعتبر الزوج زانيا الا اذا زنا في منسزل الزوجية، في حين ان الزوجة تعتبر زانية اذا زنت في اي مكان كان، اضافة الى ذلك فان زنا احد المزوجين يعتبر اعتداء على حق خاص للزوج الآخر، فلا يحرك الدعوى ضده الا الزوج البيء، كما له ان يتنازل عن حقه، فعندئذ على القاضي ان يحكم ببراءة الـزوج الزاني، وهـذا خالف صراحة للشريعة الاسلامية التي ترفض مثل هذه الاحكام رفضا باتا، لان جرعة الزنما عرممة اينمما وقعمت، بغض النظر عن هوية الفاعل، ثم انها اعتداء على الحق العام اي على قيم واخلاق وشرف المجتمع، فعرض اسرة واحدة يعتبر عرضا للمجتمع بأسره.

وفي المجال الجنائي يعتبر قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لمسنة ١٩٨٣ اقسرب القوانين العربية في معالجة موضوع جنح الاحداث الى الشريعة الاسلامية، كما ان قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المصدل اكثر القوانين العربيسة المتسأثرة بالشريعة الاسلامية في هذا المجال.

ويتمنى كل مخلص لدينه ووطنه ان يأتي يوم تتوحد فيه قوانين البلاد العربية والاسلامية في ضوء الشريعة الاسلامية.

وقد ظهرت هذه الفكرة منذ اكثر من ربع قرن وجرت له عاولات وعقدت لأجلها ندوات ومؤتمرات في البلاد العربية ولكن لحد الآن هذه الفكرة لم تر النور ولاتنزال على خلاف بمين مؤيد ومعارض وفي مقدمة تلك المعاولات عاولة الدولة السودانية تشريع قانون جنائي يستقي من الشريعة الاسلامية الا انها لم تحظ بالنجاح لاسباب كثيرة منها عدم الاستقرار السياسي الداخلي ومنها المعارضة الداخلية والخارجية ومنها عدم توافر الكفاءة الفعلية للقيام بهذه المهمة ذلك لان توحيد قوانين البلاد العربية سواء كانت بالنسبه لجميع الدول العربية او بالنسبة الى دولة واحدة يتطلب توافر امور اهمها توافر عناصر مسن اصحاب الكفاءات العلمية للقيام بهذه المهمة تتوفر فيهم الشروط الاتية..

الالمام بالشريعة الاسلامية او فهمها روحا ومعنى وجوهرا والاطلاع على آراء المذاهب
 الفقهية لاختيار الرأي الراجح الملائم للعصر الحديث المتطور دون تقيد بمدهب معمين
 ودون تعصب لاية جهة.

الالمام بالقوانين الاجنبية الحديثة المتطورة للاستفادة منها والأخذ عا لا يتعارض مع الشريعة الاسلامية.

*ايضاح عناصر ومتطلبات تطبيق بعض عقوبات جرائم الحدود التي يعد تطبيقها من الامود النادرة اذا اخذ بنظر الاعتبار شروط هذا التطبيق الستي اقرتها الشريعة الاسلامية وعلى سبيل المثل فان عقوبة الرجم في جريمة زنا المتزوج والمتزوجة لم تطبق طوال العصور الاسلامية باستناء ثلاث حوادث ثبتت باقرار الجاني امام الرسول (ﷺ) ذلك لأن هذه الجريمة لاتثبت الا باربعة شهود من الرجال العادلين لا يحدث اي خلاف جزئي في افاداتهم، وقد أثبتنا الغاء قضاء الرسول بالقرآن الذي رفيض مشروعية الرجم. (۱)

وان عقوبة قطع اليد في السرقات تتطلب في ميزان الشريعة الاسلامية توافر شروط من النادر تحققها، ومن اهم هذه الشروط القضاء على الفقر وتأمين عيش كريم لكل مواطن يضمن له عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.

وعقوبة الاعدام في جرعة الردة تتطلب الشرطين الآتيين:

ان يقوم المرتد بعمل مضاد للشريعة الاسلامية والمجتمع الاسلامي امسا باللسسان او بالقلم او بالعمل لأن هذه الطروف هي التي دعت الى ان يقول الرسول العظيم (業):

⁽١) ينظر مؤلفنا (لا رجم القرآن).

(من بدل دينه فاقتلوه)(١٠)، علما بان اعدام المرتد لن يسرد ذكسره في القسرآن الكسريم صراحة.

٧. لا يجوز اعدام المرتد المفسد الا بعد اعطائه مهلة للتراجع لاتقل عسن ثلاثمة ايسام فساذا تراجع ولو كان ذلك ظاهرا وبلسانه فلا يجوز عقابه باي حال من الاحوال.

وان عقربة الصلب في السرقة الكبرى (جرعة الحرابة) لم تطبق في جميع العصور الاسلامية الا مرة واحدة في عصر الرسالة طبقت على فئة مرتدة قامت بالفساد في الارض.

وان عقوبة الجلد بالنسبة للزاني والزانية عا لا يكون في حالة قيام الزوجية اقبل قسوة بكثير من الحكم عليه بالحبس الذي يتراوح بين ستة اشهر وثلاث سنوات واكثر زجرا وردعا من هذه العقوية السالية للحرية.

ويتبين لنا من هذا العرض الموجز خطأ واثم ظن النذاهبين الى أن الشريعة الاستلامية شريعة قاسية في عقوبتها ومتخلفة في معالجتها للامبور فبلا تصبلح أن تكبون مصدرا للتشريعات الوضعية الحديثة.

فالشريعة الاسلامية لو طبقت بروحها وجوهرها بعيدة عن الخرافات والقشبور والمدجل لخضع لها جميع الاسرة البشرية في الكرة الارضية تلقائيا ولكن الناس ينظرون اليها في تصرفات المسلمين وفي تطبيقات القشور والحرافات والخلافات المذهبية والطائفيسة فيبتعسدون عنها ويعتبرونها شريعة غير صالحة لكل زمان ومكان.

وفي الختام اتضرع الى الله العلى القدير ان يهدى ابناء الامسة الاسلامية بصورة عامسة والامة العربية بوجه خاص للرجوع الى ما كان عليه اباؤهم واجدادهم من العسل الصحيح بالشريعة الاسلامية وبروحها وواقعها، وإن هذا الرجوع هو الطريق الوحيد للتخلص من اعدائهم الاشرار ومن تخلفهم في ركب الحضارة البشرية. والله على كل شيء قدير.

صحيع البخاري – ١٠٩٨/٣ (٢٨٥٤).

المبحث الرابع اثر الفقه الاسلامي في القوانين الغربية

أولا: اثر الفقه الاسلامي في القانون الفرنسي المعمول به في الوقت الحاضر المذي يسمى (كود نابليون) اي قانون نابليون الصادر سنة ١٨٠٤ وقد تأثر هذا القانون بالفقم المالكي والحنفي.

لكن تأثره بالفقه المالكي أكثر حيث يعد زها، ٤٠% من مجموع هذا القانون مسأخوذاً من الفقه المالكي ومصدر هذا التأثر هو الفتح الاسلامي للاندلس عام ٧١١م الموافق لسنة (٩٣ هـ) ثم الدخول الى بلاد جنوب فرنسا وظل الحكم الاسلامي في هذه البلاد اكثر من ٧٠٠ سنة اي من (٧١١-١٤٩٢) اي الى سقوط غرناطة.

وكان المذهب المالكي هو المذهب الرسمي في المناطق الخاضعة للحكم الاسلامي.

رمن نماذج هذا التأثر العقد الرضائي الذي تناوله القانون الفرنسي في المواد (١٨٧٨-١٨٩٤) - ١٨٢٨)، واحكام العارية التي عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤) واحكام البيع تناولها في مسواده (١٩٥٥-١٩٥٤)، واحكام البيع تناولها في مسواده (١٩٥١-١٩٦٩)، واحكام البيع تناولها في مسواده (١٩٨٩-١٩٦٩)، واحكام افتران العقد بالشرط تناولها في مسواده (١٩٦٩-١٩٦٩)، وفي عدم بطلان عقد الايجار بموت المؤجر او المستأجر تناوله القانون الفرسي في المسادة (١٧٤٢).

وهناك احكام كثيرة اخرى من المذهب المالكي أخذها القانون المدني الفرنسي ولا عجال الاستعراضها. وقد تأثر هذا القانون عذهب ابي حنيفة رحمه الله واخذ منه كثيما عن طريق الاتصالات التي كانت موجودة بين الدول الاوروبية الغربية وبين الخلافة الاسلامية العثمانية.

ومن الشواهد على ذلك بيع الوفاء الذي لا يعرفه سوى فقه ابي حنيفة واخذه منسه القانون الفرنسي وعالج احكامه في مواده (١٦٥٩-١٦٧٣) والتعريف الوارد في هذا القانون لبيع الوفاء هو نفس التعريف الموجود في الفقه الحنفي.

ومن النماذج حقوق الارتفاق التي عالجها القانون الفرنسي تحت عنوان ترجمة الحقوق القسرية الارضية، تناولها في المواد (٦٢٧-٧١٠)، وكذلك اخذ القانون الفرنسي احكام الوكالة من مذهب ابي حنيفة في انتقال الحقوق والالتزامات الى الموكل مباشرة بينما في المذاهب الاخرى وفي القوانين تنتقل الى الوكيل اولا ثم الى الموكل ثانيا، وقد عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٩٨٤-٢٠١٠) وهناك امثلة كثيرة لا عال لاستعراضها لكن اكتفى بما قاله (دركي) وهو من كبار فقهاء القانون في فرنسا في احد المؤترات القانونية العالمية: (هناك آراء ونظريات قانونية نحن نعتبرها من بنات افكارنا قد سبق اليها ابو حنيفة قبل ثلاثة عشر قرنا).

فانيا: تأثر القانون الالماني بالفقه الاسلامي عن طريق الخلافة العثمانية ولضيق المجال اكتفي بمثال لهذا التأثر بنظرية تحول العقد الذي عالجه القانون المدني الالماني في المادة عدم المفاد تحول العقد هو انه اذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه اركان وعناصر عقد آخر او تصوف آخر تحول اليه ويعتد بهذا التصرف ويرى بعض اساتذة القانون كالمرحوم السنهوري ان فكرة تحول العقد من ابداع الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ولكن في الواقع ان فقهاء الاسلام هم اصحاب هذه الفكرة وهي من ابداعهم قبل اكثر مسن في الواقع ان فقهاء الاسلام هم اصحاب هذه الفكرة وهي من الدين يبطل الحوالية وتتحول الى الكفالة واشتراط عدم براءة ذمة المحيل من الدين يبطلها وتتحول الى الكفالة واشتراط براءة ذمة الاصيل في الكفالية يبطلها وتتحول الى الحوالة. ومن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ايضا من تعهد لشخص ان يكون وارثا له دون ان تكون بينهما علاقة النسب او الزوجية يبطل التعهد ويتحول الى الوصية.

ثالثا: وتأثر القانون الانكليزي والالماني بالفقه الاسلامي في نظرية الظروف الطارئة حيث لم يعرفها القوانين العربية والغربية الاعن طريق الفقه الاسلامي.

وفي الختام ادعو اساتذة الشريعة والقانون القيام بالمقارنات بين الفقه الاسلامي والقانون خدمة لهذه الشريعة ولابراز مكانتها لان فقهاء الاسلام تركوا لنا شروة فقهية عظيمة لو استثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير معتنقة لبعض الامثلة البالية كالتعامل بالعبد والجارية فان هذا الفقه يصبح مصدرا خصبا لا للقانون في العالم الاسلامي فحسب بل للقانون في العالم بأسره.

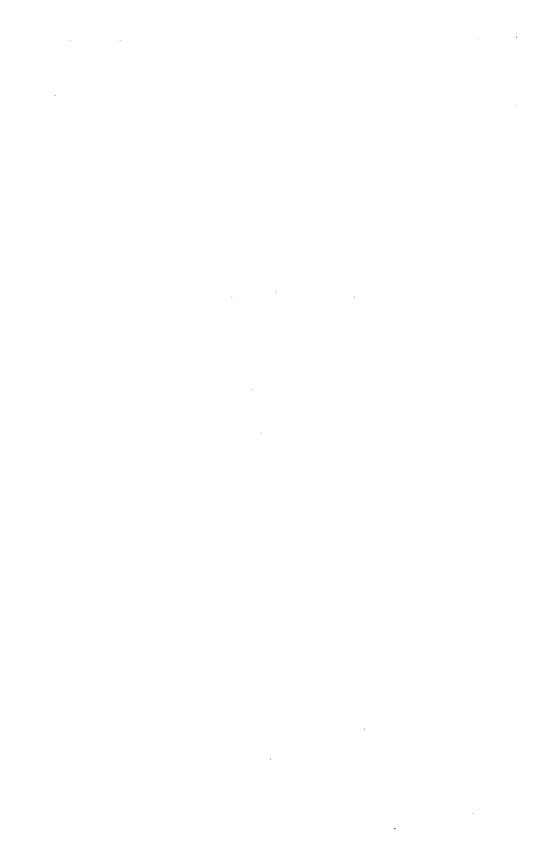
رب زدني علما والحمني بالصالحين











تستهدف الشريعة الاسلامية في احكامها تعقيق مصالح الانسان اي جلب المنفعة ودرء المضرة عنه، ففي كل مأمور به منفعة ولكل منهى عنه مفسدة.

هذا اعرابي يتكم بالغطرة السليمة قائلا: (لم يقل عمد افعل كذا والعقل يقول لا تفعله ولم يقول لا تفعله ولم يقل لا تفعله المعلى المعلى يقول افعله).

يقول عزالدين بن عبدالسلام (١): الشريعة كلها مصالح اي تدرأ المفاسد وتجلب المنافع فاذا سعت الله يقول (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا) تدبر نداءه فلا تجد الا خيرا يعثك عليه او شرا يزجوك عنه.

يقول ابن قيم الجوزية (۱): أن الشريعة الباهرة مبناهما على الحكم ومصالح العبساد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها، كل مسألة خرجت عن العبدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة.

داشار القرآن الكريم الى المصالح المرجرة من الزواج الناجع في عدة آيات منها قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ النُسِكُمْ ازْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَودُدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لاَيَاتٍ لِقَوْم يَتَفَكُرُونَ ﴾ (٢).

ان رحدة الرجل مع المرأة في صورة الزواج الناجع هي الاساس الطبيعي الحقيقي لضمان بقاء النوع البشري شأنها في ذلك شأن الوحدة بين الذكر والانشى في سائر المخلوقات مع فارق جوهري في الانسان وهو ان الغريزة الجنسية بالنسبة اليه لم تخلق لتكون غاية في ذاتها بل لتكون وسيلة الى غاية اسمى هي بقاء سلالته المتعاقبة بقاء ينسجم مع مكانته ومركزه في هذا الكون لذا تغرعت عن غزيرته الجنسية ثلاث غرائز فرعية وهي:

١. الغريزة الشهوانية الحيوانية اد (المادية) التي تجذب الذكر والانثى بعضهما غو بعض.

⁽١) قواعد الاحكام: ٢/٧٠.

^{(&}lt;sup>۲)</sup> اعلام الموقعين: ۱/۳.

⁽۲) سورة الروم — الآية: ۲۱.

- ٢. غريزة العاطفة الروحية المهذبة او (الحب المعنوي) بسين الصنفين عن طريق الكيان الزوجي الصحيح.
- ٣ غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوحين من جهة وبينهما وسين الاولاد مسن جهسة أخرى، وهذه الاخيرة هي اسساس الرابطة الاجتماعيسة لأن الاسسرة هي النسواة الاولى للمجتمع أن صحت صع المجتمع وأن فسدت فسد.

ومن هذه المنطلق جاء التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية ليضع حبدا للتلاعب بأحكام الاسرة وبصورة خاصة في حالات الزواج بالاكراه، وزواج الصغير والصغيرة، وتعدد الزوجات لا لعذر بل لمجرد اشباع الرغبات الجنسية دون رعاية للحكمة الالهيسة المقصودة مِن هِذَا التعدد. وقد أتى التعديل الجديد باحكام جديدة من شروط وقيود وعقربات واسباب للتفريق واحكام تخص الحضانة لصالح المحضون حتى تبنى الاسرة على اسس صحيحة متينة بعيدة عن الشبقاء والانهيار، وهذه الاحكام في جوهرها لا تتعارض مع روح الشريعة الاسلامية وهذا ما نروم بيانه في هذا البحث مع ابداء بعض الملاحظات لعلمها تؤخذ بنظر الاعتبار.

وطبيعة الموضوع اقتضت تقسيم البحث من الناحية الشكلية الى اربعة مباحث: الاول في الشروط والقيود، والثاني في اسباب التفريق، والثالث فيما يتعلق بالحضانة، والرابع في حكم ميراث البنت.

المبحث الأول

شروط وقيود تقيد سلطان الارادة في الزواج

استحدث المشرع في هذا التعديل شروطا وقيودا قيد بها حريسة الارادة في النزواج حتى عقق هذا الارتباط الروحي بين الصنفين اهدافه الحقيقية لصالح الاسرة والمجتمع كما يلي:

أولاً: ألغي المشرع الفقرة الاولى من المادة السابعة (يشترط في اهلية النواج العقل والبلوغ) واحل علها الفقرة التالية: (١- يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكسال الثامنة عشرة).

وتبدر لنا اهمية تعديل هذه الفقرة من خلال النقاط التالية:

أ. زواج الصفير والصفيرة ليس عل اتفاق الفقهاء حتى يكون منعه خرقا للاجماع بلل منهم يرى بطلانه، ومنهم من قال بالجواز تحت رعاية شروط خاصة، ومنهم من اعطى كلا من الصفير والصغيرة سلطة الفسخ بعد البلوغ والعقل).

قال ابن حزم الظاهري: (ولا يجوز للاب ولا لغيره نكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ ابدا، واجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة، والقياس كله باطل)(١). ونرى أنه لا معنى لتخصيص البطلان بالذكر فقط.

وقال ابن شرمة: (لا يجوز انكاح الاب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتسأذن، وان زواج الرسول عليه الصلاة والسلام من عائشة (رضي الله عنها) - وهي صغيرة - كان من اختصاصه ولا يقاس عليه غيره) (٢). ثم انها تزوجت في سن لا تقل عن خسس عشرة سنة على الأصح.

وقال الحسن وابراهيم النخعي زواج الصغير والصفيرة مكروه (٢). وقال الشافعي بالجواز اذا توافرت الشروط التالية:

١. ان يكون الولى ابا أو جدا عند عدم وجود الاب.

⁽۱) الحلي لابن حزم الظاهري: ٤٦٢/٩.

⁽٢) المرجع السابق: ٩/٩ ٤٥.

^{(&}lt;sup>r)</sup> المرجع السابق،

- ٢. ان يكون الولى عادلا.
- ٣. أن يكون الزوج كفوء، فلا يجوز زواج الصغيرة من البالغ لعدم الكفاءة في الديائة والعصمة والعفة (١).

وقال ابو حنيفة بالجواز مع رعاية شروط خاصة منها:

- ١-الا يكون الولي معروفا بسوء الاختيار وسوء التصرف، ويكون سيء الإختيار إذا
 زرّج صغياً أو صفية لمرة واحدة.
- ٧-ان تتحقق الكفاءة في الديانة فليس فاسق كفوءا لصالحة او فاسقة بنت صالح^(١).
 وهذه الشروط من الشافعية والحنفية الذين يقولون بالجواز قلما كانت تراعي في زواج
 من لم يكمل الاهلية.
- ب- تحديد اهلية الزواج باكمال الثامنة عشرة من العمر يحقق مصالح ونتسائج ايجابية مهمة منها:
- ١- تعقق كمال القابلية البدنية في كل من الزرجين وبذلك يكون النزواج بعيدا عن
 المساوئ التي قد تترتب على عدم توافر هذه القابلية.
 - ٢- قابلية الزوجة لانجاب دون أن ترهقها الولادة عند أكمال النمو والقابلية البدنية.
- ٣- تأمين الزوج كسبا مشروعا ومصدرا لمعيشة اسرته الجديدة التي يكون انفصالها من اسرة الاب امرا تحتمه سنة الحياة.
- ٤- قطع مرحلة من مراحل الدراسة التي اصبحت اليوم من اهم عناصر حياتنا المعاصرة في جميع المجالات وبصورة خاصة بعدد أن فرض التعليم الالزامي في قطرنا الذي يعتبر بحق خطرة مهمة نحو القضاء على كثير من امراضنا الاجتماعية الناشئة من الجهل.
- ٥- تقليل اسباب الطلاق وتضييق نطاق عجال النزواج الفاشل في العراق. ولا اكون مبالغا اذا قلت بأنه لو اجرى احصاء دقيق لتبين للملاء ان ٩٠٪ من زواج الصغيرة لم يعقق الهدف المرجو منه.
- ثانيا: ألغت المادة الثانية من التعديل المادة الثامنة من القانون السابق: (تكمل اهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة)، وأحلت علها ما يأتي:

⁽۱) الباجوري على بن ابي قاسم الغزوي، في الفقه الشافعي، ١٠٩/٢.

⁽٢) ابن عابدين في الفقه الحنفي، ٦٦/٣، ص: ٦٦، ط٢، ١٩٦٦م.

المادة الثامنة — (اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمس النزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها فاذا لم يعترض ار كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

ما ورد في هذه المادة يعتبر استثناء للتحديد الوارد في الفقرة الاولى من المادة السابقة المعدلة التي اشترطت اكسال الثامنة عشرة. ويعمل بهذا الاستثناء اذا توافرت الشروط التالية:

- ١. ان تكون هناك مصلحة تدعو الى الزواج المبكر لان العدول عن الاصل لا يكون
 الا لمصلحة تقتضيه.
- ٢. ان تكون له الاهلية التي تؤهله للتصرف الدائر بين النفع والضرر بعد اذن الولي.
- ٣. اذن ولي العاقد الذي لم يكمل الثامنة عشرة لانه لم يصل بعد درجة من النضيج والرشد يقدر مصلحته في كل شيء.
- ٥. اذن القاضي حتى يقرر بسلطته التقديرية توافر الشروط المذكورة، ومن المقرر في الفقه الاسلامي ان الولي الاقرب اذا امتنع عن تزويج المولى عليه بدون عذر مقبول يعد عاضلا اي ظالما، وفي هذه الحالة لا تنتقل الولاية الى من يليه من الاولياء بل الى القاضى لان للقاضى وحده رفع المظالم.
- ربناء على ذلك فاذا امتنع الاب مثلا عن تزويج بنته دون عذر مشروع امسره القاضي ان يزوجها فأن ابى بعد مهلة ودون عذر معتبر زوجها القاضي^(۱).
- ثالثا: ألغي المشرع المادة التاسعة من القانون للاستفناء عما ورد فيها بما جاء في المادة الثامنة الانفة الذكر واستحدث علها ما يلي:
- ١- لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج.
 كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام
 هذا القانون من الزواج.
- ۲- يعاقب من يخالف احكام الفقرة الاولى من هذه المادة من مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريبا من الدرجة الاولى.

⁽١) تنقيع الفتاري الحامدية: ٢١-٢٠/١

اما اذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر السنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

وتبدو اهمية ما استحدثه المشرع في هذه المادة من النواحي التالية:

أ. وضع حد لبعض الاولياء الذين عارسون طريقة الاكراه في الزواج بمدافع مسن المادة او القرابة او الصداقة او غير ذلك دون أن يراعوا في ذلك مصلحة من اكرهوه على هذا الزواج.

فتصرف هؤلاء الى جانب كونه خالفا للمنطق السليم ولصلة القرابة بين الولي والمولى عليه وللأهداف التي يرجى ان يحققها النزواج الناجع فانم خالف لسروح الشريعة الاسلامية.

يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا تنكح الايم (١) حتى تستأمر (٣) ولا تنكح البكر حتى تستأمر البكر حتى تستأمر البكر حتى تستأدن) (على البكر حتى تستأدن) (على البكر حتى البكر حتى البكر على البكر على البكر على البكرة على البكرة على البكرة على البكرة على البكرة على البكرة الإكراد.

والى جانب ذلك فان تطور حياتنا المعاصرة ادى اليوم الى عدم الاكتفاء بالسكوت بل يجب الاذن صراحة لان السكوت امر تابع للعرف، وعرف زماننا قد تغير بعد ان نزلت المرأة الى ميدان العمل جنبا الى جنب الرجل وصارت تعالج كثيرا من المشاكل سواء، عما ادى الى زوال ذلك الحياء الذى كان يمنعها عادة من الكلام سابقاً.

وقد فعل المشرع حسنا اذ أقر لمن يستعمل الاكراه في النزواج العقوبات المواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة لانه بتلك العقوبات سوف تتلاشى العادة العشائرية البغيضة من ان بنت العم يجب الا تتزوج الا من ابن عمها، او ابن العم يلزم عليه الا يتزوج الا بنت عمه او بنت عمته، وكذلك الامر بالنسبة الى بنات وابناء الاخوال والخالات.

¹⁾ هي المرأة التي فارقت زوجها بطلاق او موت.

⁽۱) من الاستنمار اي طلب الامر.

⁽٢) متفق عليه، سبل السلام: ١٥٥/٢.

أ رواه مسلم، المرجع السابق.

فهذا النوع من الزواج بين الاقارب في هذه الدرجة مكروه في نظر كثير من فقهاء المسلمين حتى وان لم يكن هناك اكراه وذلك لانه وان اجازه الاسلام في اصله الا انه غير عبذ.

فقد ورد في منهاج النووي وشرحه ما نصد: (ريستحب الا تكون – اي الزوجة – من قرابة قريبة بان تكون بعيدة او قرابة بعيدة). وقال القليوبي تعليقا على ذلك: (هذا الرأي هو المعتمد وان ماورد في النص من النهي عن النكاح من العشيرة يحمل على الاقربين) (۱). وعلل الفقها، ذلك بأن عاطفة القرابة قد تتغلب على عاطفة الجنس فيأتي الولد نحيفا او متخلفا عقليا. وجملة الكلام ان الفشل في الزواج بين الاقارب اكثر من النجاح وان لم يكن هناك اكدراه واما في حالة الاكدراه فلا قيام للزواج الشرعي.

ويروى ان امراة اسمها الخنساء شكت اباها الى الرسول عليه الصلاة والسلام قائلة:
زوجني ابي من ابن اخيه وانا لذلك كارهة فقال لها: هلا اجزت ما صنع ابوك؟
فقالت ما لي رغبة فيما صنع ابي فقال: اذهبي فلا نكاح له وتزوجي من شنت) (٢).
ب واضافة الى ما ذكرنا فان التعديل الجديد سوف يضع حدا حاسما للاولياء العاضلين المانعين - دون مبر - من زواج من لهم ولاية عليه. كما يقف التعديل بحزم في وجمه التهديدات التي توجه من ابن العم أو ابن الحال الى بنت عمه او عمته او بنت خاله او التهديدات التي توجه من ابن العم أو ابن الحال الى بنت عمه او عمته او بنت خاله او خالته ان ابدت رغبتها في الزواج بغيمه، واحيانا توجه نفس التهديدات الى كل مسن عدم على خطبتها. وكذلك سيضع حدا للازواج الذين يطلقون زوجاتهم شم يقفون يقدم على خطبتها. وكذلك سيضع حدا للازواج الذين يطلقون زوجاتهم شم يقفون حجر عشرة امام زواجهن بالغير فكل منع من هذا القبيل عرم بنص القرآن الكريم حجر عشرة امام زواجهن بالغير فكل منع من هذا القبيل عرم بنص القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النَّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُ لَنَّ فَلاَ تَعْضُ لُوهُنَّ أَنْ يَسنكِحْنَ أَزَاجَهُنَ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٢)، فهذا الخطاب عام يشمل الازواج السابقين والاولياء وغيرهم.

ج. فرق المشرع في العقوبات التي استحدثها في الفقرة الثانية من المادة التاسعة بين الاقارب وغيرهم وذلك لان المانع او المكره اذا كان من غير الاقارب لا يقصد من وراء

[ً] ينظر في تفصيل ذلك: قليوبي وعميرة في الفقه الشافعي: ٢٠٧/٣، طبعة عيسى البابي.

[&]quot; ينظر: صحيح البخاري: ١٩٧٤/٥ (٤٨٤٥)، وسنن البيهقي الكبرى: ١١٩/٧.

[&]quot; سورة البقرة - الآية: ٢٣٢.

منعه ار اكراهه سوى التخريب وافساد ذات البين ار تحقيق اغسراض شخصية وهم بذلك يستحقون عقوبة اشد، هذا من ناحية اهمية ما استحدثه التعديل في هذه المادة، غير انه يلاحظ عليه ما يلى:

اولاً: كان على المشرع ان يقيد المنع من الاقارب الدرجة الاولى بالا يكون لعذر معتبر شرعا وقانونا، كما قيد اعتراض الولي في المادة الثامنة بأن يكون معتبرا جديرا بالاعتبار.

ثانيا: اعتبر التعديل عقد الزواج بالاكراء باطلا اذا لم يتم الدخول وينبني على ذلك:

أ. اعتبار رضاء العاقدين ركنا من اركان الزواج شأنه في ذلك شأن بقية العقود
 بل هو اهم وأخطر لانه عقد شركة في الحياة لا في المادة.

ب. من المقرر ان تخلف الركن او الشرط يسؤدي الى السبطلان حتسى عند الحنفيسة القائلين بالفرق بين البطلان والفساد لانهم لا يفرقون بينهما بالنسسبة لعقد الزواج (١) والعبادات.

ج. العقد الباطل ليس له وجود شرعي فالدخول بعده يعتبر زنا موجب العقوية الحد ان كان مع العلم وان كان بهل يسقط الحد ويثبت النسب وتجب العدة لانه وطء شبهة ولكن لا يحول العقد من البطلان الى الصحة باتفاق الفقهاء.

ولكل ما ذكر اقترح اما حذف قيد: (اذا لم يتم الدخول) او تغيير تعبير: (الباطل) عما يتفق مع هذا القيد كـ(الموقوف).

رابعا" أضافت المادة الرابعة من التعديل فقرة جديدة الى المادة العاشرة من القانون وهي"

(٥- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية).

⁽۱) راجع ابن عابدين: ٣٦١/٢، فتح القدير: ٣٨٣/٢، حيث لما عبر صاحب الحداية عن حكم مسألة بالفساد وعن الاخر بالبطلان علق عليه صاحب الفتح بقوله: وذكر الفساد فيما تقدم ولا فرق بينهما: (بين الفساد والبطلان) في النكاح بخلاف البيع.

أرى ان المشرع قد استخدم الحكمة في هذا التعديل حيث لم يعتبر الزواج خارج المحكمة باطلا حتى لا يصطدم مع الشريعة الاسلامية لان شكلية المحكمة ليست شرطا ولا ركنا في الزواج في نظر هذه الشريعة خلافا للتعاليم الموسوية والمسيحية.

هذا من جهة ومن جهة ثانية قد اخضع انشاء عقد الزواج الشراف ورقابة القضاء بفرض عقوبات بدنية ومالية على من يزوج خارج المحكمة وبهذا حفظ عقد الزواج من التلاعب ومن أن يترتب عليه جوانب سلبية في الحياة الزوجية. فالزواج يجب ان يحاط باطار من الحنر والاهتمام الانه وان سمي عقدا الا انه يختلف في طبيعته وجوهره واثاره عن كل عقد اضر ينشئه الانسان بالارادة المنفردة أو بالاتفاق مع ارادة اخرى الامر الذي أدى إلى أن يتحاشى البعض من اطلاق اسم العقد على هذه الرابطة المقدسة.

والى جانب ذلك فان المشرع قد فعل حسنا عندما اعتبر قيام الزوجية السابقة ظرف مشددا لينال المزوج زواجا ثانيا خارج المحكمة عقوبة اشد. ونأمل ان تحقق هذه العقوبات ردعا وزجرا لكل من تسول له نفسه ان يتلاعب بحكم اباحة تعدد الزوجات لان هذا التعدد استثناء لم يقره الاسلام الا لظروف استثنائية واعذار تدعو الى ذلك، ومن تلك الاعذار:

- ١. اذا كانت الزوجة عقيما والزوج يريد انجاب الاطفال وثبت طبيا ان العقم من الزوجمة فزواجه بأمراة اخرى خير للمرأة الاولى من الطلاق على ان يكون الزوج في حالة مادية حسنة.
- لا السيبت الزوجة عرض مزمن غير قابل للزوال واصبح مانعا من المعاشرة الزوجيسة
 جاز للزوج الزواج الثاني مع رعاية مصالح الزوجة الاولى.
- ٣. اذا حلت بالأمة ظروف حربية ادت الى قلة الرجال وكثرة النساء بنسبة تؤثر على حياة الارامل او غير المتزرجات كما حدث في المانيا وانكلتما بعد الحرب العالمية الثانية فعندئذ قيام الرجل بكفالة اكثر من زوجة واحدة خير لهن من التسيب والبقاء بدون معيل. وقد طالبت باباحة التعدد كثير من الكاتبات الانكليزيات (١) وعلماء الاجتماع (٢) في انكلتما حين رأوا الحالة السيئة في مجتمعهم نتيجة الحروب وقلمة الرجال وكثرة النساء.

⁽۱) مثل اللاودي كوك ومس اني رود.

^{۱)} مثل تومس.

ثم ان الشريعة الاسلامية احاطت اباحة تعدد الزوجات بنطاق ضيق من القيود والشروط منها العدالة كما يقول القرآن الكريم: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ (١).

فالرجل ان شك او تردد في تطبيق العدالة لا يحوز له التعدد لان كلمة (إن) للشك والتردد وقد اكد القرآن الكريم في نص اخر عدم استطاعة الانسان على تطبيق العدل بين النساء في كل شيء، فقال ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ (١).

وهذا رسول الله يقول: (اللهم هذا قسمي فيما املك فلا توآخذني فيما تملك ولا املك)
ويقصد بما لا يملكه المحبة القلبية لاحدى النساء اكثر من غيرها، ولهذه المحبة القلبية غير
الاختيارية أثر كبير على سلوك الانسان في تصرفاته مع الزرجات عند التعدد وخاصة اذا
كان التعدد قد أتى لمجرد اشباع الرغبات الجنسية، فكم من انساس مسن الطبقات الفقيرة
تزوجوا عمن في مستواهم الاجتماعي والاقتصادي وريشما تحسنت ظروفهم اقدموا على الزواج
الثاني والثالث والرابع واصبحت الزوجة الاولى التي شقت طريق حياتها الزوجية بمرارة في
زارية النسيان كأن لم تكن شيئا مذكورا واتخذ اولادها سلوك الاعوجاج نتيجة اهمال الأب
وحرمانهم من التوجيه والتربية، يقول عمد عبده: (ولو شئت تفصيل المصائب المتولدة مسن
والتزوير والقتل.. كل ذلك واقع ثابت في المحاكم) (٢).

⁽١) سورة النساء – الآبة: ٣.

⁽٢) سورة النساء - الآبة: ١٢٩.

[&]quot; علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية: ١٢٠/١.

المبحث الثاني اسباب التفريق القضائي

أقر المشرع حق طلب التفريق القضائي لاسباب عديدة منها مستحدثة ومنها كانت مرجودة في القانون السابق واعتبر هذا الحق مشتركا في بعض من تلك الاسباب، وخاصة بالزوجة في الاسباب الاخرى. وسنستعرض ذلك في مطلبين.

المطلب الأول حق طلب التفريق يكون لكل من الزوجين

نصت المادة (١٤٠) المعدلة على ان لكل من الزرجين حق طلب التفريق عند قيام سبب من الاسباب التالية: (الاضرار، والخيانة الزوجية، وعندم اكسال اهلية النزواج، والاكراء، والزواج الثاني خارج المحكسة)، واضافت المادة (٤١) الى هنذه الاسباب سبب الحلاف والشقاق.

الاضبرار:

اذا اضر احد الزرجين بالآخر ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزرجية يحق لكل منهسا طلب التغريق (١/٤٠).

حكم ازالة الضرر الذي يلعق بأحد الزوجين بسبب من الاخر يندرج تحت القاعدة الشرعية الكلية من قول الرسول عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) (١).

كما ورد في هذا الحكم في التطبيقات الفقهية لفقهاء المسلمين وبصورة خاصة فقها. المالكية حيث اقروا المبادئ العامة التالية:

أ. مساواة الزوج والزوجة في طلب التفريق لضرر.

⁽١) مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٦٧)، وكذلك أخرجه ابن ماجة والبيهقي والطبراني.

ب. الضرر كما يكون قبل الدخول يكون بعده ايضا.

ج. وجوب تعزير الطرف المقصر والمخل بالواجبات الزوجية من قبل الحاكم اذا تمسك الزوجان باستمرار حياتهما الزوجية.

د. وجوب التفريق بعد ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الاصلاح^(١).

ومن المعلوم ان الضرر امر تقديري يخضع لسلطة القاضى التقديرية.

وقد توسع القضاء المصري في تغسير الضرر فاعتبر من الضسرر سبب النزوج لزوجته (۱)، وابتزازه لاموال زوجته (۱)، والهجر في الفراش (۱)، او هجر البيت (۱).

وأرى ان القضاء المصري افرط في توسيع نطاق الضرر كما ان التعديل الجديد من هذا القانون بالغ في تضييق دائرة العمل بالضرر عندما قيده بأن: (يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) لذا اقترح تبديل تعبيم: (يتعذر) بما هو اخف منه مثل: (يتعسر) او (يصعب) او (لا يستطاع)، لأن التعذر يعني المستحيل.

الخيانة الزوجية:

"لكل من الزوجين طلب التفريق اذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية" (٢/٤٠). أن هذا السبب الذي استحدثه التعديل الجديد له لما يبره في الشريعة الاسلامية من ادلة كثيرة منها:

أ. ان عقوبة جرعة الزنا او اي جرعة اخرى من جرائم الحدود اذا تخلف شرط من شروطها
 كعدم ثبوت جرعة الزنا بالاقرار او باربعة شهدا، تسقط العقوبة الاصلية المحددة لها
 بالشبهة لان الحدود تدر، بالشبهات لكن اذا حصلت القناعة للمحكمة بان الجرعة

⁽۱) الدردير على سيدي خليل: ٤٠٤/٢.

⁽٢) عكمة القامرة الاستدائية: ١٩٥٨/٨/٢٥

⁽٣) محكمة السيدة الجزئية الشرعية، الحاماة الشرعية، س٦، ع٦، ص: ٧٩٠.

⁽⁴⁾ محكمة جرجا الشرعية يوليو، ١٩٣٣، الحاماة ـ س٥، ع٥، ص: ٥٧٨.

⁽٥) عكمة الميناء الكلية، ٢١/٥/٢٥/١ المرجع السابق.

واقعة يجوز بها الحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية (١) كما يجوز ان تكون هذه العقوبة التفريق القضائي بينه وبين الزوج العفيف اذا طلب العفيف ذلك.

ب. يقول القرآن الكريم: ﴿ الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إِلاَ زَانِيَةٌ أَوْ مُشْرِكَةٌ وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِمُهَا إِلاَّ زَانِ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرَّمَ ذَلكَ عَلَى الْمُؤْمنِينَ ﴾ (٢).

قال القرطيي في تفسير هذا النص: (قال قوم من المتقدمين الآية عكسة غير منسوخة وعند هؤلاء من زنى فسد النكاح بينها وبين زوجته، وإذا زنت الزوجة فسد النكاح بينها وبين زوجها، وقال قوم: لا ينفسخ بذلك ولكن يؤمر الرجل بطلاقها إذا زنت ولو امسكها اثم) (٢).

وقال سيد قطب في تفسير النص: (استدل الامام احمد بن حنبل بهذا المنص على تحريم الرباط الزوجي بين زان وعفيفة وبين عفيف وزانية الا ان تقع التوبة التي تطهر ذلك المدنس المنف)(1).

ونرى أن الزواج صحيح أذا تاب مرتكب الجريمة قبل الزواج.

عدم اكمال اهلية الزواج:

يحق لكل من الزوجين طلب التفريق اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكسال احد الزوجين الثامنة عشرة الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (٣/٤٠). عد التعديل الجديد قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي من اسباب التفريق القضائي على اساس ان هذا النوج مسن الزواج لم تستوف شروطه وفق المادة الثامنة من هذا القانون.

الأكراه:

لكل من الطرفين طلب التفريق اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول (٤/٤٠).

استحدث المشرع هذا السبب تحت الشروط التالية:

⁽۱) ينظر: تفصيل ذلك، المبسوط للسرخسي: ٩٥٨-٨٥، المغني لابن قدامة: ١٥٣/١٥٢/١، المدونة الكبرى: ٨١/١٦ وما بعدها.

⁽٢) سورة النور – الآية: ٣.

⁽٢) الجامع لاحكام القرآن، لابي عبدالله عمد بن احمد الانصاري القرطبي، ١٧١/١٢.

^{ن)} في ظلال القرآن: ١٨/١٨ ه.

- ١. ان يكون الزواج مقترنا بالاكراه.
 - ٢. ان يجرى خارج المحكمة
 - ٣. ان يتم الدخول.

ديبدو لي الملاحظات التالية:

- ١- في هذه الفقرة حشو كان على المشرع ان يتحاشاه وهو ان النزواج الذي تم بالاكراه يعني قد جرى خارج المحكمة فلا داعي لاشتراط كونه خارج المحكمة، وحتى اذا كان الاكراه موجودا او خافيا على القاضي فأنه وحده يكفي ان يكون من اسباب التفريق.
 ٢- ان صح اعتبار الدخول موجبا لتحول الزواج الباطل الى الصحيح فان الأمر يحتاج الى تقييد هذا الدخول في النص باختيار المدخول بها.
- ٣- الاطلاق الوارد في الفقرة السابقة (الثالثة) كما في الفقرة اللاحقة (الخامسة) جعل باب التفريق مفتوحا امام كل من الزوجين مدى الحياة، وبهذا يصبح مركز النواح متضعضعا طيلة الحياة الزوجية، فكان على المشرع ان يحدد حق طلب التفريق لهذه الاسباب عدة معينة.

الزواج الثاني:

يحق لكل مسن السزوجين طلب التفريس اذا تسزوج السزوج بزوجمة ثانيسة بسدون اذن مسن المحكمة (٥/٤٠).

استحدث المشرع هذا السبب وعده من اسباب التفريق، وقد فعل حسنا عندما قيد حرية الارادة في تعدد الزواج ومنع ان يكون ذلك لمجرد أشباع الرغبات الجنسية.

ولكن في رأينا يجب ان يعطي هذا الحق للزوجة السابقة، لان الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من هذا القانون اعتبر الزواج خارج المحكمة جريمة عقوبتها تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات. ومن المعلوم ان استجابة طلب التفريق تتم لصالح من يقدم هذا الطلب من الزوج او الزوجة الجديدة، وان القاعدة القانونية الجنائية العامة تقضي بان المجرم يجب الا يستفيد من جرعته.

واخيرا امامنا سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهنو ان كنل سبب من الاسباب الواردة في الفقرات الثلاث الاخيرة من هذه المادة اسباب خالفة للقانون يعاقب عليها الشخص المخالف وفق الفقرة الثانية من المادة التاسعة والفقرة الخامسة من المادة العاشرة

من هذا القانون فهل يجمع بين العقوبة والتفريس او يكتفي بالتفريق؟ فاذا كان الجسواب بالثاني فان ذلك لا يفهم من عموم الفقرة الثانية والرابعة من هذا المادة لان المفهوم من هذا العموم هو الجمع. غير أن الزوجة لا يحق لها أن تجمع بين طلب التفريق والدعوى الجنائية.

الخلاف والشقاق:

نصت المادة (٤١) المعدلة على ان لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف وشقاق بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول ار بعده. ويتطلب التفريق بمقتضى ما ورد في هذه المادة الاجراءات القضائية التالية:

- ١. تقديم طلب من قبل احد الزوجين.
- ٢. قيام نزاع حقيقي ايا كان مصدره ولا يشترط ذلك من الطرفين بل يكفي ان يكون من
 احدهما ولو كان هو الطرف الذي طلب التفريق.
 - ٣. ان يتعسر مع النزاع التوفيق بينهما.
 - ٤. أن يصعب استمرار الحياة الزوجية مع الخلاف بين الزوجين.
 - ٥. ان يكون التفريق مسبوقا بما يلى:
 - أ. اثبات سبب الدعوي.
- ب. اجراءات تعيين حكمين لهما صلاحية هذه المهمة على ان يرفعا الى المحكمة تقريرا يتضمن الاتى:
 - أولاً الاسباب التي ادت الى وقوع الخلاف بين الزوجين.
 - ثانيا تحديد الطرف الذي كان سببا لهذا الخلاف.
 - ثالثا بيان رأيهما في وجوب التفريق بين الزوجين وعدمه.

وعلى المحكمة التفريق بين الزوجين اذا ثبت لها استمرار الخلاف وعجزت بعد اجراءات الحكمين عن الاصلاح وامتنع الزوج عن التطليق.

ويترتب على التفريق الآثار الآتية:

١- اذا تم التفريق بعد الدخول وكان التقصير من الزوجة يسقط المهر المؤجل مهما كان مقداره، وتلزم برد نصفه في حالة قبض الجميع سواء كانت مدعية او مسدعى عليها، واذا كان التقصير من الطرفين يقسم المهسر المؤجل بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما، والنسبة عكسية، فمن كان تقصيره أكثر، تكون نسبة حقه في المهر أقل، وهذه

النسبة تخضع لتقدير الحكمين والقاضي.

۲- واذا جرى التغريق قبل الدخول وكان التقصير من الزوجة تلزم بسرد مسا قبضته مسن
 مهر معجل.

تطويم الاحكام الواردة في للادة (٤١) للمدلة:

 أ. ميز المشرع في التعديل الجديد بين الضرر والشقاق (الخلاف) واعتبرهما سببين منفصلين خلافا للقانون السابق.

وفي رأينا ان الشقاق او الخلاف صورة من صور تطبيقات الاضرار لان عجرد الخلاف لا يمكن ان يعتجمن اسباب التغريق ما لم يترتب عليه الاضرار، وهذا مسا دعسا علسسي التمييز السنى والجعفري ان يخلطا بينهما ويعتقدا ان اسبابهما واحدة (١).

وارى أن كل سبب من أسباب التغريق القضائي ينسدج تحت مفهوم الضور، وهذا الضرر قد يكون أراديا ويسمى أضرارا، كما في الخلاف والشقاق وهجر النزوج زوجت دون عذر وعدم طلبه لها قبل الدخول للزفاف والامتناع عن الانفاق عليها وغيهما من الاسباب الارادية السواردة في هذا القانون، وقد يكون هذا الضور لااراديا كالامراض التناسلية والامراض السارية في كل من الزوجين.

ولذا فان الصياغة الفنية تتطلب حشر جميع اسباب التفريق القضائي تحت عنوان الضرر ثم تقسيمها الى اسهاب ارادية واسباب لا ارادية.

ب. اقتصر القانون السابق على اثرين من اثار التفريق وهما: سقوط المهسر المؤجسل اذا لم تستلمه الزوجة، ووجوب رد ما لا يزيد على نصفه ان قيضته.

وفات المشرع في القانون السابق ان يميز بين حالتي السدخول وعدمه وان يسأتي بحالة المقصور من الزوجين وهذا النقص تداركه التعديل الجديد كما ذكرنا، غير انه لم يتطرق هذا التعديل كالقانون السابق لحكم حالة القصور من الزوج وحده، ومن المعلوم ان لها في هذه الحالة جميع المهر بعد الدخول ونصفه قبله.

ج. أن ما أوردته هذه المادة من الآثار المترتبة على التغريق للخلاف يجري في سائر حالات التغريق القضائي سواء كان ذلك بسبب الاضرار أو الامراض التناسلية أو الامراض السارية أو غير ذلك وبناء عليه أرى أنه لا مجر لتخصيص حذه الاثار بحالة التغريب ق

ينتظر: محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ١٩٦٢، ص٣١٢.

للخلاف فكان على المشرع ان يبين تلك الاثار في مسادة مستقلة بعيد الانتهياء مين استعراض اسباب التفريق القضائي حتى يتم العموم والشمول.

د. واخيا اقول ان ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِعَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدًا إِصْلاَحًا يُوفِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّه يَرِيدًا إصلاحًا يُوفِقُ اللَّه بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّه كَانَ عَلِيمًا خَبِيمًا ﴾ (١) قصد به الحفاظ على اسرار العائلة بحيث ان ما يدور بين الزوجين من الخلاف والشقاق والتهم الموجهة من كل نحو الاخر... لا يتسرب الى خارج جلوان هذه الاسرة، ويؤكد ذلك اشتراط كون الحكمين من اهل الزوجين حتى يهتما بمستر كيل ما يحدث في الاسرة المسلمة.

ولهذا بل ولاكثر من هذا اقر فقهاء المالكية سلطة التفريق للحكمين ولم يعطسوا للقاضسي سوى تصديق ما يقره الحكمان.

وفي قناعتي الشخصية أن القضاء في العراق، وفي كل البلاد العربية والاسلامية مقصس في تطبيق هذا النص من الدستور السماوي وفي أجراءات مهمة الحكمين.

المطلب الثّاني حق طلب التفريق يكون للزوجة فقط

اوردت المادة (٤٣) المعدلة اسباب اخرى للتفريق القضائي منها موجبودة في القانون السابق ومنها مستحدثة غير ان تلك الاسباب على اطلاقها لا تسمح في نظر المشرع العراقي بطلب التفريق الا للزوجة، كما يتضح من الآتي:

أولا - للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الآتية:

 ١. اذا حكم على زرجها بعقوية مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه (١/٤٣).

والجديد في هذه المادة أن المدة الاصغرية للمقرية كانت في القانون السابق خمس سنوات فالتعديل جعلها ثلاث سنوات لان ذلك اقرب الى العدالة بخصوص وفع الضرر الذي يلجق بالزوجة.

⁽١) سورة النساء - الآية: ٣٥.

ديرى أكثر شراح قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ان هذا السبب ليس لـ مصدر في الفقه الاسلامي بل يقاس على حال الغياب. وفي رأينا لا داعي لهذا القياس لسببين:

احدهما: ان المعبوس او المسجون غائب عن زوجته وان تقييد حرية الانسان بالحبس ان هو الا صورة من صور الفياب وخاصة اذا كان السجن في مدينة غير المدينة التي تسكنها الزوجة.

والشاني: أن التفريس لهذا السبب ورد في الفقه الاسلامي فقال أبن تيمية في (الاختيارات العلمية): (القول في أمرأة الاسبر والمحبوس ونحوهما عمن تعذر انتفاع أمرأته به أذا طلبت فرقته كالقول في أمرأة المفقود بالاجماع كما قال أبو عمد المقدسي) (١).

ريلاحظ أن الاطلاق الوارد في هذه الفقرة يسمع للزوجة بطلب التفريق بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وأرى أن في ذلك تعسفا في استعمال الحق لان الضرر الفعلي غير قائم بعد الحكم مباشرة، فكان على المشرع أن يضيف الى هذه الفقرة عبارة: (بعد مضي سنة من حبسه) أسوة ببقية القوانين العربية، ولان حياة السجن قد تطورت في قطرنا فيسمح بالالتقاء بين الزوجين بين آونة واخرى.

٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه (٢/٤٣).

والجديد في هذه الفقرة هو تبديل كلمة: (غاب) بتعبير: (هجر) (٢)، وقد فعسل المشرع حسنا لان الهجر اعم من الغياب اذ قد يتحقق بالهجر في الفراش وهو غير غائب.

٣- اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا
 يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته اذا لم يكن قد اولى بحقوقها الزوجية (٣/٤٣).

هذه الفقرة مستحدثة واحكام هاتين الفقرتين (الثانية والثالثة) تعززها ادلة في الشريعة الاسلامية منها:

أ. قال سبحانه وتعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُونِ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُونِ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ وَقَالًا لَكُوهُنَّ بِمَعْرُونِ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ وَالامساك بالمعروف هو القيام ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ (١) ، والامساك بالمعروف هو القيام

^{١١} الاختيارات، لابن تيمية، ص١٤٦.

وكذلك حذف التعديل كلمة الضرر في النص لانه واضح ومفهوم.

بما يجب لها من حقوق على زوجها (٢)، ومن حقوق الزوجة على زوجها حق التمتع والمعاشرة، وهجر الزوج لزوجته قبل الدخول او بعده ليس امساكا بالمعروف بل ضرار وامساك بغير المعروف.

ب- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾^(٢)، وهجر الزوجة دون مبرر بغى عليها وظلم وعدول عن الحق.

ج -- من حلف أن يهجر زوجته ولا يعاشرها يطبق عليه حكم الايلاء بعد مرور أربعة أشهر فيفرق القاضي بينهما والتفريق يكون طلقة بائنة، لقوله تعالى: ﴿للَّهٰذِينَ يُوْلُونَ (للهُ عَفُورٌ رَحِيمٌ، يُوْلُونَ (للهُ عَنَمُوا الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ وَعِيمٌ، وَيَقتضى هذا النص كل من هجر زوجته حالفا الا يعاشرها أذا مضت أربعة أشهر ورافعته الزوجة ألى الحاكم أمره بالفيئة فأن أبى أمره بالطلاق.

وقال بعض الغقهاء كالنخعي والاوزاعي والحنفية يقع الطلاق بمجرد مضي اربعة الشهر.

وقال المالكية لا يشترط في هذا الحكم ان يكون هناك حلف من النوج على الا يقربها بل مجرد الهجر يعتبر ايلاء موجبا للتفريق لان العبرة بالضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة هذا الهجر وقال القرطبي المالكي: (قال علماؤنا ومن امتنع عن وطء امرأته بغير حلفه اضرارا بها امر بوطئها، فان ابى وقام على امتناعه من وطنها مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل وقيل يضرب اجلا الايلاء)(٨).

⁽١) سورة البقرة – الآية: ٢٣١.

⁽٢) الجامع لاحكام القرآن، للقرطيي، المرجع السابق.

⁽T) سورة النساء - الآية: ٣٤.

⁽⁴⁾ اي يحلفون.

^(°) التأخر والتأني.

^(۱) اي رجعوا.

 ⁽۲) سورة البقرة - الآيات: ۲۲۹-۲۲۹.

⁽A) الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق: ١٠٦/٣.

- د- قال الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرارا)^(۱)، والامساك مع عدم المعاشرة الزوجية مضر وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي اصبحت ضرارا لا مصلحة فيها.
- هـ ان عمر بن الخطاب في عهد خلافته كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد الابيات الآتية:

به وارقني ان لا حبيب الاعبه (۱) لزعزع من هذا السرير جوانبه واكرام بعلى ان تنال مراكبه

الا طال هذا الليل واسود جانبه فوالله لولا الله لا شي، غيره محافة ربــــي والحيا، يكفني

فلما كان الغد استدعى عمر (﴿ تَلَكُ المُرأة وقال لها اين زوجك؟ فقالت بعثت به الى العراق. فاستدعى نساء فسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر عن زوجها؟ فقلن، شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة اشهر، وينفذ صبرها في اربعة اشهر. فكتب عمر الى امراء الاجناد الا تجبسوا رجلا عن امرأته اكثر من اربعة اشهر (٢).

- و- قال الامام احمد بن حنبل في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ريقول لا ادخل بها الى
 شهر يجبر على الدخول قال اذهب الى اربعة ان دخل بها والا لأفرق بينهما⁽¹⁾.
- ز التغريق للهجر والغياب أقره المالكية (٥) والحنابلة (١) والزيدية (٧)، وعند المالكية المدة لثلاث سنوات في رأي وفي رأي آخر سنة واحدة سواء وجد العدر ام لم يوجد، وعند الحنابلة المدة الاصغرية ستة اشهر اذا كان الهجر او الغياب بعذر (٨)، والمشرع أخذ العذر بنظر الاعتبار اخذا بذهب الحنابلة.

⁽١) مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٦٧)، وكذلك اخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني.

⁽٢) وفي بعض المصادر هذا البيت هكذا، تطاول هذا الليل وازور جانبه، وليس الى جنيي خليل الاعبه.

⁽۲) الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق.

^{(&}lt;sup>4)</sup> المغنى لابن قدامة: ٣٠١/٣.

^(°) منع الجليل في الفقه المالكي: ٣١٣/٢.

⁽١) المغنى لابن قدامة: ١٤٢/٨.

⁽٧) الروضة الندية في الفقه الزيدى: ٧٦/٥.

^{۸)} المغنى، المرجع السابق.

٤- وتناولت الفقرة الرابعة من هذه المادة العيب التناسلي فأقرت للزوجة طلب التغريب اذا وجدت زوجها ما يمنعه من القيام بالواجبات الزوجية من اسباب عضوية او نفسية بعد ثبوت عدم امكان الشغاء بتقريس طيي مع تأجيل سنة اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسى.

ولم يقيد المشرع هذا السبب بما قبل الدخول او بعده وهذا ما يتفق مع رأي فقهاء المسلمين غير ان السائد في الفقه الاسلامي والاقرب الى العدالة هو تعميم هذا الحق حتى يشمل كلا الزوجين لان المانع من القيام بالواجبات الزوجية كما يكون في الزوج بالعنة والجبب وغيرهما يكون في الزوجة بمالرتق والقرن كما في المرأة القرنماء والرتقاء (١).

٥- رنصت الفقرة الخامسة على اعتبار عقم الزوج من اسباب التغريق ان لم يكن للزوجة
 ولد على قيد الحياة.

هذا السبب استحدثه المشرع في التعديل الجديد. راول من حكم به في الاسلام هو عمر بن الخطاب (الله عندما بعث رجلا على بعض الساعية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر اعلمتها انك عقيم؟ قال لا قال انطلق فاعلمها ثم خيرها(١).

ونقل الغزالي في الاحياء (٢٠) في آداب النكاح آثارا واحاديث تحث على تفضيل من تلد من المن المن المن المن المن النساء على غيرها ومنها: ((خير نسائكم الولود الودود)).

والى جانب ذلك فانه ليس من العدالة حرمان الزوجة من عاطفة الامومة مدى الحياة دون ذنب. وبناء على ما ذكرنا فان المصلحة والضرورة وتحقيق هدف الزواج كل هذه الامور تستدعي اعتبار العقم سببا من اسباب التفريق القضائي عند توافر الشروط التالية:

١. التأكد من عقم المدعى عليه.

٢. مراعاة من الطرف المقابل وقابليته لانجاب الاولاد لو تفرقا.

٣. لا يكون طالب التفريق عقيما ايضا بشكل مؤكد^(١).

القرناء من وجد في عضوها الجنسي قرن من لحم أو عظم يكون مانعا من القيام بالواجبات الزوجية، والرتقاء: من انسد عضوها الجنسي بلحم أو عظم.

 ⁽اد المعاد لابن القيم: ١٤/٤.

^{.41/4} C

غير انه يوآخذ على هذه الفقرة ايضا انها افردت الزوجة بهذا الحق مع ان العقم سبب مشترك فالمفروض ان يكون المسبب مشتركا ايضا.

٦- وتناول الفقرة السادسة الامراض والعلل التي تسمع بحق طلب التفريق كالجذام
 والبرص والسل والزهري والجنون وامثال ذلك. فاذا ثبت طبيا امكان زوالها يؤجل
 لحين الزوال والا فيفرق بينهما بعد الطلب وثبوت المرض.

ويلاحظ ان كل ما ورد في هذه الفقرة كان موجودا في القانون السابق مع نقبص لم يتداركه التعديل وهو اعتبار هذه الاسباب مشتركة بين الزوجين تسمع لكل طلب التفريق اذا وجد الاخر مصابا بعلة لا يكن معها المعاشرة.

ان هذا النهج الذي سلكه المشرع هو مذهب الحنفية الذي كان المصدر الوحيد المعسول به منذ العهد العثماني الى تقنين قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

والذي استقر عليه فقهاء المسلمين هو ان الحق مشترك لان اسبابه مشتركة وكان الاحرى بالمشرع ان يأخذ بهذا الرأي لاختلاف الطلاق والتفريق في كثير من الآشار منها ان الزوجة المصابة بما يمنع الواجبات الزوجية اذا طلقها زوجها قبل الدخول تستحق نصف المهر لكن اذا انتهت العلاقة الزوجية بينهما قبل الدخول عن طريق التفريق القضائي لهذا السبب او لسبب اخر خاص بها لاتستحق شيئا من المهر هذا ما تقره العدالة (۱) لان التفريق كان بسبب منها، ويصورة خاصة ان المشرع لم يحدد اسباب التفريق واخذ في هذا برأي بعض فقهاء المسلمين كابن القيم المذي قال: (والقياس ان كل عيب يتضرر منه الزوج الآخر ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار) (۱).

٧- ونصت الفقرة السابعة والثامنة والتاسعة من هذه المادة على حق الزوجة في طلب
 التفريق اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر او تعذر تحصيل النفقة بسبب

⁽١) عبدالرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في الطلاق، ٢٨٠/٢.

⁽٢) ينظر: في تفصيل ذلك الشرح الصغير وحاشية تحفة السالك الاقرب المسالك في الفقه المالكي، ٣٩٧/٢

^٣ زاد المعاد، لابن القيم، ٣٤/٤.

غياب الزوج او فقده او اختفائه او الحكم عليه لمدة اكثر من سنة اوامتناعه عن النفقة المراكمة المحكوم بها.

ان ما ورد في هذه الفقرات باستثناء النفقة المراكمة احكام أقرها فقهاء المسلمين بالتفصيل، قال القرطيي في تفسير قوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُعْسَكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ (١) ، قال جماعة من العلماء ان مسن الامساك بالمعروف ان الزوج اذا لم يجد ما ينفق على الزوجة ان يطلقها فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند مسن لا يقدر على نفقتها.

وبهذا قال مالك والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وابو عبيد، وقاله مسن الصحابة عمر وعلي وابو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب.

وقال ابن قدامة: (ان الرجل اذا منع أمرأته النفقة لعسرته فالمراة مخيرة فان اختارت فراقه فرق الحاكم بينهما لان عمر كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا نفقة ما مضى).

وان امتنع عن الانفاق مع يساره... ولم يقدر الحاكم على مال له يأخذه او لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغالب فلها الخيار في الفسخ. وقال ايضا: فاذا لم ينفق الموسر فحاله كحال الاعسار بل هذا اولى بالفسخ لانه اذا جاز الفسخ من له العذر فعلى غيره اولى، ولان في الصبر ضررا امكن ازالته بالفسخ فوجب ازالته (۱).

ولكن يرى ابن حزم الظاهري: (ان الزوج اذا عجز عن نفسه وكانت زوجته غنية كلفت هي بالانفاق عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر، لان الزوجة وارثة الزوج فعليها نفقته ان اعسر بنص القرآن) (٢).

ان ما استحدثه التعديل في الفقرة التاسعة من هذه المادة من ان النفقة المتراكمة المحكوم بها سبب من اسباب التفريق لم اقف على مصدر له في الفقه الاسسلامي، كما ان الضرر الموجب للتفريق غير قائم اذا عاد الزوج الى الانفاق على زوجته وبقيت النفقة المتراكمة دينا في ذمته.

⁽¹⁾ سورة البقرة - الآية: ٢٢١.

⁽٢) ينظر: في تفصيل ذلك المغني لابن قدامة، ٧٣/٧-٥٧٦، الدردير على سيدي خليل، ٦٠٨/٢

[·] الحلي: ٩٢/١٠.

الشقاق والفتنة.

ولا ارى ان يكون دين الزوجة في ذمة زوجها يكون داعيا الى التفريق طالما ان النزوج عاد ليستمر على الانفاق.

"للزوجة الحق في التفريق قبسل السدخول وفي هسده الحالسة على المحكسة ان تقضي بالتغريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها الاغراض الزواج". هذا ما ورد في ختام المادة (٤٣) المعدلة. ومن وجهة نظري ان اعطاء هذا الحق للزوجة ان كان لسبب من الاسباب السابقة فانمه تكرار وان كان هو سبب آخر فانه فتح باب لهدم كيان زوجي قائم دون مبر، وبصورة خاصة فان الحياة الزوجية في الظرف الواقع بعد العقد وقبل الدخول يتعسرض لتسدخل كثير عمن تسول لهم انفسهم ان يتدخلوا الالمصلحة الزوجين بل لمجسرد التخريس ويث

ونأمل ان يعيد المشرع النظر في الحكم الوارد في هذه الفقرة الاخيرة لان التعديل جماء للقضاء على الفوضى وازالة الضرر الناشئ من سوء تطبيق احكام الاسرة.

المبحث الثالث

احكام الحضانة

الحضانة - بكسر الحاء وفتحها - لغة تعني جعل الشيء في ناحية وضعه الى الجنب. وحضانة الام لولدها هي: ضعها اياه الى جنبه وعزله من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه ونظافته وتربيته.. (١).

رقد تناولت المادة (٥٧) المعدلة من قانون الاحوال الشخصية احكام الحضانة كما يلي: ١. الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك (م١/٥٧)(٢).

حذف التعديل قيد: (النسبية) واضاف قيد: (ما لم يتضرر المعضون من ذلك) لمدم فائدة القيد الاول واهمية الثاني، وإن كانت الشروط الواردة في الفقرة الثانيمة قد قللت من أهمية هذا القيد أيضا.

ويلاحظ على هذه الفقرة قبل التعديل وبعده، انها عممت احقية الام بالحضانة لتشمل حالتي الزوجية والفرقة مع ان الحضانة بالمعنى القانوني المعروف لا وجود لها في حالة قيام الزوجية، ولا تطرح مسألة احقية الام بها؟ لان الطفل حينئيذ يعيش في حضين أبويه وتحت رعايتهما وتربيتهما. يقول الباجوري — وهو من فقهاء الشيافعية -: (اذا فارق الرجل زوجته بطلاق او فسخ او غيرهما وله ولد منها فهي احق بحضانته اما اذا لم يكن هنالك مفارقة بين الرجل والمراة فان الولد يكون معهما يقومان بكفايته) (٢). ويقول الطوسي — وهو من فقهاء الجعفرية-: (اذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي احق به بلا خلاف) (١).

⁽١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ٢٢٥٢/٥.

⁽٢) نص الفقرة قبل التعديل "الام النسبية احق بحضانة الولد وتربيته حال الزوجية وبعد الفرقة"

٣ حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، في الفقه الشافعي، ١٩٤/٢.

^{(&}lt;sup>4)</sup> الخلاف في الفقه للطوسي، ٣٣٦/٢.

ويقول الدردير المالكي: (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للمدخول لملأم، وهذا في الام المطلقة او من مات زوجها، واما من في عصمة زوجها فهي حق لهما) (١).

وبالاضافة الى ذلك فان مصدر احقية الام بحضانة الولد هو رواه عبدالرحمن بن عمرو بن العاص من: ((ان امرأة قال يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وشدي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها رسول الله(紫) انت احق به ما لم تنكحي) (٢).

وهذا النص اقر احقية الام بالحضانة بعد الفرقة ما لم تتزوج. ولذا اقترح ان تعدل هذه الفقرة وتصاغ بالشكل الآتي: (الام احق بحضانة الولد وتربيت بعد الفرقة ما لم يتضرر المعضون من ذلك).

٢-يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربيبة المحضون وصبيانته
 وغير متزوجة باجنبي عن المحضون (٢/٥٧).

لم يطرأ تعديل على هذه الفقرة سوى تبديل الولد بالمحضون. ولا تبدو لهذا التغيير اهمية فضلا عن انه ادى الى تكرار كلمة المحضون في فقرة واحدة وهذا معيب من حيث الصياغة.

وبعد ان تناولت الفقرة الاولى احقية الام بالحضانة جاءت الفقرة الثانية لتشير الى ان تلك الاحقية ليست على اطلاقها وانما يجب ان تتوافر فيمن يقوم بمهمة الحضانة أماً كانت ام غيرها شروط تؤهلها لهذه المهمة لان مصلحة الطفل فوق جميع الاعتبارات، فاذا تخلف شرط منها يتولى الغير الحضانة.

يقول ابن قدامة: (الام احق بكفالة المحضون بعد الافتراق وهذا قول يحيى الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ولا نعلم احدا خالفهم (۱).

⁽١) الشرح الصغير مع حاشية الصاري، ١/٠٤٠.

⁽۲) مسند أحمد: ۱۸۲/۲ (۲۰۲۳)، وكذلك اخرجه ابو داود والحاكم والبيهقي.

[&]quot;نص الفقرة قبل التعديل: "يشترط ان تكون الحاضئة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية الولد وصيانته وغير متزوجة باجنبي عن الحضون".

[&]quot; المغنى لابن قدامة: ٦١٢/٧.

شروط ممارسة الحضائة

نصت الفقرة الثانية المذكورة على ان مهمة الحضانة لا تسلم إلا الى من تتوافر فيه الشروط التالية:

 أ. البلوغ: لان الانسان دون البلوغ ليس اهلا لادارة شؤون نفسه فلا يكلف بما يتعلق بغيره.

ب. العقل: لان المحضون بحاجة الى عناية الغير فاذا كانت الحاضينة لا تستطيع القيسام بأمورها فمن باب ادلى لا تستطيع ذلك بالنسبة الى غيرها.

ج. القدرة على التربية: فاذا كانت بها من العاهات والامراض ما يعجزها عن القيام بشؤون المحضون وعن حفظه فلا تكون اهلا للحضانة (١).

د. الا تكون متزوجة بغير ذي رحم للمحضون لان الزوج الاجنبي (الغريب) لا يحسل غريزة العطف والشفقة والحنان على المحضون في الاعم الاغلب الذي قد يدفعه الى عدم تمكين زوجته (ام المحضون) من القيام بواجبات الحضانة كأم وكحاضنة، وقد أشار الرسول(ﷺ) الى ذلك في قولمه: ((انت احق منه ما لم تنكحي))، وعلل الكاساني ذلك بان الزوج الغريب لا يمكن زوجته من الحضانة بصورة تكون من مصلحة الطفل (١).

وعلى هذا الاساس اعتبر فقهاء المسلمين الزواج من مسقطات حق الحضانة (۲) لكن اذا طلق او توفي زوجها عاد حقها خلافا لمالك حيث يرى ان الزواج ابطل حقا فلا يعود (٤). غير ان الظاهرية ذهبوا الى ان الام لا تفقد احقيتها بالحضانة بالزواج اذا توفرت فيها

⁽۱) وقد حكم مجلس التمييز السني في قراره المرقم (٤٩٠) في ١٩٦١/١٠/٢١ ما يلي: اذا اصيبت الام بالتدرن بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤن الصغير كانت جدته لام احق بحضانته من عمته، واصدر مجلس التمييز الشرعي الجعفري في قراره المرقم ٩٦٣/٣٤٠ في ٩-٢-٢٩٦٢ ما يلي: وللمحكمة تجديد حضانة الام لابنتها اذا تحققت اصابة الام مرض عصيي ينعها من القيام بحضانة الصغهة.

⁽٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٧٥٢٢/٥.

⁽۲) حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٨/٢.

⁽¹⁾ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي في الفقه المالكي، ٤٩٠/١.

بقية شروط الحضانة (١). ومن وجهة نظري ان المعيار ليس الزواج او عدمه وانما مصلحة المحضون ثم ان نسبة حق الحضانة الى الام لا تخلو من تجوز لان الحق في مشل هذا القيام يعني الالتزام بدليل انها اذا توفرت فيها شروط لا تستطيع التنازل عن هذا الحق بناء على ان اساس حكم الحضانة هو رعاية مصلحة الطفل.

ان هذه الصياغة اشمل وأتقن من عبارة الاصل قبل التعديل "اذا اختلف الزوجان في اجرة الحضانة" لان الحاضن قد لا تكون زوجة "ام المحضون" كما ان من تجب عليه النفقة قد لا يكون زوجا "ابا المحضون" في كل حال.

غير ان المشرع خلط بين حكم اجرة الرضاع واجرة الحضانة في حالة قيام الزوجية او عندما تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي وذلك لانه لا وجود للحضانة بسالمعنى القانوني في هاتين الحالتين كما ذكرنا في التعليق على الفقرة الاولى من هذا السنص لان الولد ينشأ ويتربى تحت اشراف وتربية الابوين دون ان تثار مشكلة الاجرة حتى يبين المشرع حكمها وما اتى به انحا يكون بالنسبة الى اجرة الرضاع كما يقول الكاساني: (وكذلك ان كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها ان تأخذ الاجرة على الارضاع كما لايوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم مسن كل وجه)

٤- للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر.
 وللمحكمة ان تأذن بتحديد حضانة الصفع حتى أكماله الخامسة عشرة ان ثبت لها
 بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصفع تقضى

⁽۱) الحلي لابن حزم: ۱۰/۱۳۳.

⁽٢) نص الفقرة قبل التعديل: (اذا اختلفت الزوجان في اجرة الحضانة قدرها القاضي في مصلحة الصغه).

[&]quot; بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٢٥٧/٥.

التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية

بذلك على الا يبيت عند حضانته (١).

ان ما ورد في هذه الفقرة من جواز تمديد مدة الحضانة الى سن البلوغ موافق لمذهب المالكية والظاهرية. جاء في الشرح الصفير (۲): (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للدخول للام ولو كانت غير مسلمة)، وجاء في المحلى (۲): (الام احق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض او الانبات مع التمييز وصحة الجسم تزوجت ام لم تتزوج).

ويبدو لنا من هذين النصين ان الام احق بالحضانة لحين بلوغ المحضون لدى المالكية والظاهرية دون حاجة الى حكم المحكمة والرجوع الى اللجان المختصة وبذلك يعتبر ما جاء فيهما اوسع بكثير عا اتى به التعديل الجديد.

ويلاحظ على هذه الفقرة ما يلى:

أ - كان على المشرع ان يذكر: (الولي) بدلا من: (الاب) حتى يشمل جميع الاولياء
 من اب وغيره لان النظر في شؤون المحضون كما يكون للأب يكون لغيره من
 الاولياء.

ب- كان الاولى ان يستعمل: (على) بدلا من: (اللام) ويقال على السولي) او (على الاب) بدلا من: (للأب) لان كلمة (على) للالزام والايجاب واللام للتخيير، ومسن البدهي ان النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه واجب على السولي شسرعا وقانونا سواء اكان ابا ام غيه.

ج- كان على المشرع ان لا يحدد مدة النظر في شؤون المعضون باكمال العاشرة من العمر لان الحياة تطورت وتعقدت فاصبح الاولاد في حياتنا المعاصرة بحاجة الى رعاية ابائهم لا في المعيشة فحسب بل في التربية والتوجيه والتعليم مدة لا تقل عما تستغرقه مراحل الدراسة من الزمن بعد ان اصبحت الدراسة عمودا فقريا لكيان الفرد في المجتمع.

⁽۱) نص الفقرة قبل التعديل، للاب غيره من الاولياء النظر في الحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لا يبيت ليلا عند حاضنته ما لم يحكم القاضي خلاف ذلك.

^{.£4·/\ &}lt;sup>(1)</sup>

[.] WYY/1. O

- د- ريبدر ان المشرع قبل التعديل كان اكثر توفيقا في صياغة هذه الفقرة حيث قيد: (لا يبيت الا عند حاضنته) بقيد (ما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك)" وذلك لاهمية هذا القيد وفائدته في بعض الحالات.
- ٥- اذا أتم المعضون الخامسة عشرة من العمر له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاريه لحين اكمال الشامنة عشرة من العمر اذا انست المحكسة من الرشد في هذا الاختيار (٥/٥٧).

ان ماورد في هذه الفقرة موافعة لاراء فقهاء المسلمين، جاء في المغني: (ولا تثبت الحضانة الا على الطفل او المعتوه فاما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الخيرة في الاقامة عند من يشاء من ابويه) (۱) ، وجاء في المحلى: (واذا بلغ الولد والابنة عاقلين فهما املك بأنفسهما ويسكنان اينما احبا) (۱) ، وقال الباجوري: (وتنتهي الحضانة في الصغير والصغيرة بالبلوغ وفي المجنون بالافاقة، ثم ان بلغ رشيدا فله ان يسكن حيث يشاء ولا يجبر على الاقامة عند ابويه، والاولى الا يفارقهما، وان خيفت الفتنة من الانفراد امتنعت المفارقة) (۱).

١٤ للحاضنة التي انهيت حضائتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون مِمَن حكم لـ اذا
 ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده (١٠/٥٧).

ان ما ورد في هذه الفقرة حكم سليم لان مدار الحاضنة هو مصلحة المحضون فاينسا تحصل تلك المصلحة يجب ان يكون هناك المحضون.

٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى من تختاره
 المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير (٧/٥٧).

انتقال الحضانة من الام الى الاب عند تخلف شرط من شروطها انما هو على مدهب الجعفري، يقول الطوسي: اذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي احق به بلا خلاف وان كان طفلا يميز فان كان ذكرا فالاب احق به وان كان انشى فالأم احق بها ما لم تتزوج فاذا تزوجت فالأب أحق بها (1).

⁽١) المغنى، لابن قدامة، ٦١٤/٧.

⁽۲) الحلي، لابن حزم الظاهري، ۲۳۱/۱۰.

⁽r) حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٤/٢.

⁽¹⁾ الخلاف، للطوسي، ص: ٣٣٦.

٨- اذا لم يوجد من هو اهل للعاضنة من الابوين تودع المعكمة المعضون بيد حاضنة
 او حاضن امين كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها (٥٧/٥٧).

كان المفروض أن يقول المشرع: (أذا لم توجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تنتقل ألى من يليها من الاقارب) دون اطلاق الحاضنة والحاضن. غير انه راعى مصلحة المحضون بغض النظر عن كون الحاضنة أو الحاضن من الاقارب أو من غيرهم.

 ٩- اذا مات اب الصغير او فقد احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لمدى اممه مادامت گتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها فيه لين بلوغه سن الرشد(٩٧/٥٧).

ولو أخذ المشرع بمذهب المالكية والظاهرية في الفقرة الرابعة من هذه المادة واعطى للام حق الحضانة الى البلوغ للمذكر والى المدخول للانشى دون حاجة الى موافقة المحكمة لما احتاج الى اضافة هذه الفقرة الاخيرة الى الفقرات السابقة.

المبحث الرابع ميراث البنت في ضوء التعديل الجديد

اضاف التعديل رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧ الى المادة (٩١) فقرة جديدة وهذا نصها: (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى مسن التركمة بعمد اخذ الابسوين والزوج الاخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم).

استهدف التعديل من ذلك ان يساري البنت بالابن في حجبها لمن يحجبه الابن في ارث احد الابرين كما جاء في الاسباب الموجبة (١) وهذا الحكم موافق لما همو مقرر في المذهب الجعفري حسب تقسيم هذا المذهب الاقارب المستحقين للتركة من الورثة الى المراتب المشلاث التالية:-

المرتبة الاولى: الابوان المباشران والاولاد واولاد الاولاد وان نزلوا.

المرتبة الثانية: الاجداد والجدات وان علوا والاخوة والاخوات وفروعهم.

المرتبة الثالثة: الاعمام والعمات، والاخوال والخالات وفروعهم.

وعقتضى هذا التقسيم ان وجد وارث من المرتبة الاولى ذكرا كان ام انثى لا يرث احد من المرتبة الثانية والثالثة. وان وجد شخص وارث من المرتبة الثانية يحجب من يكون في المرتبة الثالثة. كما ان كل وارث من الدرجة الاولى في كل مرتبة يحجب من يكون من الدرجة الثالثة. كما ان كل وارث من الدرجة الاولى في كل مرتبة يحجب من يكون من الدرجة الثانية في نفس المرتبة. فالاولاد يحجبون اولادهم، والاخوة والاخوات يحجبون فروعهم وحكذا(۱).

وبناء على ذلك فان بنت المترفي تحجب من تركته كل من يحجبه ابنه لان كلا منهما في مرتبة واحدة وفي درجة واحدة.

وكان ميراث البنت قبل هذا التعديل قد يختلف في المذهبين السني والجعفري لان المادة (٩٠) من قانون الاحوال الشخصية المعدل تحيل توزيع التركات وتحديد الانصبة للاقارب من الورثة الى الاحكام الشرعية المفصلة في المذاهب الفقهية الاسلامية حيث تنص على مايلي:

⁽١) قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، طبع دار الحرية، ١٩٨٧، ص٢٢.

⁽۲) ينظر؛ ايضاح الفوائد في شرح القواعد، للفقيه الجعفري عمد بن الحسن الحلى، ٣٠٨/٤-٣٠٩.

(مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكمام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كما تتبع فيما بقى من احكام المواريث).

ريمقتضى هذه الاحالة لم يكن مياث البنت او البنات جاربا على طريقة موحدة لمدى المحاكم الشرعية العراقية بل كان القاضي الجعفري يقضي بما اقره التعديل الجديد مسن حجب البنت لكل من يحجبه الابن من الورثة في حين ان حكم القاضي السني كان قد يغتلف فيحكم بالنصف لبنت واحدة وبالثلثين لبنتين فاكثر عند عدم وجود ابن للمتسوفي وبايلولية ما تبقى لاقرب العصبات، وبالرد على البنت او البنات عند عدم وجوده، كما هو المقرر لدى كافة المذاهب الاسلامية باستثناء المذهب الجعفري وذلك استنادا الى نصوص مسن سسنة الرسول () منها ما يلى:

أ. روى ابن عباس عن النبي (義) انه قال: ((الحقوا الفرائض باهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر)) (١) ، وبمقتضى هذا النص ان ما يبقى بعد حصص اصحاب الفروض يكون لاقرب عصبة صغيما كان ام كبيما بدليل ذكر المذكر بعد الرجل. وتعتبر الاخوات الشقيقات والاخوات من الاب من العصبات مع الفيرعند الاجتماع مع بنت المتوفي او بنت ابنه، ويكون حكمهن حكم الاخوة الاشقاء او من الاب(١).

ب - جاءت امرأة سعد بن الربيع الى الرسول (業) بابنتيها مع سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معلك في احد شهيدا وان عمها اخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية المواريث. فارسل رسول الله (業) الى عمهما فقال: اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما الثمن وما بقى فهو لك(۲).

ج- عندما سئل ابن مسعود عن كيفية توزيع تركة من توفي عن ابنة وابنة ابس واخت شقيقة قال: اقضي ما قضى النبي: للبنت النصف ولابنة الابس السدس تكملية للثلثين. وما بقى فللأخت⁽¹⁾.

⁽۱) متفق عليه: صحيح البخاري ٢٤٧٦/٦، وصحيح مسلم: ١٦١٤)(١٦١٤).

⁽۱) المهذب لابي اسحاق ابراهيم بن على الشيرازي، ۲۷/۲.

⁽۲) سنن الترمذي: ٤١٤/٤ (٢٠٩٢).

⁽۱) صحیح البخاری: ۲۷۷/۱ (۱۳۵۵).

وقد نشأ من هذا الخلاف بين الفقه السني والفقه الجعفري الاختلاف في مسيماث البنست او البنات في كثير من المسائل التطبيقية منها:

- أ- اذا توفى شخص عن بنت او بنتين فاكثر مع اخ شقيق، او لاب، او اخت شقيقة اولاب، او ابن اخ شقيقة، اولاب، او عم، او ابن عم، فالتركة تكون للبنيت او البنيات فرضيا وردا لدى الجعفري، ويكون للبنت النصف وللبنات الثلثان وما تبقى يكون للاخ او أبنه أو الاخت أو العم أو أبنه لدى فقهاء أهل السنة.
- ب اذا توفي شخص عن ام واب وبنت يكون لكل من الابوين السدس وللبنت النصف، والباقي يرد عليهم بالنسبة الى حصصهم لدى الجعفرية(١١) ويكون للاب فقط تعصيبا لدى اهل السنة.
- ج أذا توفي شخص عن ام مع بنت او بنتين فاكثر يكون لسلام سدس التركة وللبنت النصف وللبنات الثلثان وما يبقى يسرد على الام والبنست او على الام والبنسات بالنسبة الى حصصهن باتفاق جميع فقهاء المسلمين. ولا اعتقد أن يكون هنالك رأي عالف ذلك.

وفي ضوء هذا العرض الموجز نستطيع أن نورد على التعديل الجديد بالنسبة إلى مسيرات البنت او البنات الملاحظات التالية:

١- إن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩١) المعدلة بشأن ميراث البنت او البنات حكمان احدهما يتفق مع المذهب الجعفري والشاني يصطدم مع رأي جميع فقها. المسلمين.

الحكم الاول الموافق للمذهب الجعفري هو ان بنت المتوفي تحجب من التركة كل ما يحجبه ابن المتوفي.

الحكم الثاني المخالف لاجماع فقاء المسلمين هو ان البنت تستحق ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم طبقا لنص الفقرة الثانية المذكورة اعلاه.

ويمقتضى هذا النص اذا توفي شخص عن ام وبنت يكون للام السدس والباقي يكون للبنت، وهذا لم يقل به احد من الفقهاء بل المقرر في الاحكام الشرعية الاسلامية هـ ان للأم السدس وللبنت النصف وإن الباتي يرد عليهما بالنسبة إلى حصصهما. ومن الواضح أن هذا الحكم في الشريعة الاسلامية اقسرب إلى العدالية لان الام - وهسي في

⁽١) أيضاح الفوائد في شرح القواعد، المرجع السابق، ٢١١/٤.

مرحلة الشيخوخة - تستعق الرعاية والاهتمام اكثر من البنت الستي سوف تتنزوج ويكون الزوج هو المسؤول عن الانفاق عليها، وقد تكون موظفة كما هو الغالب في حياتنا المعاصرة.

٧-ان ما جاء به التعديل من حكم ميهاث البنت او البنات يتعارض مع النهج الاشتراكي الذي هو احد الاهداف الرئيسة للدولة، لان شروة المتوفي بمقتضى هذا التعديل تؤول الى البنت وحدها عند عدم وجود الابوين واحد النوجين رغم وجود الاخوة والاخوات او اولاد الابن او اولاد البنت للمتوفي، حيث تنص الفقرة المذكورة على ان: (وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم) اي عدم وجود الابوين واحد الزوجين. كما انه يتعارض مع روح الشريعة الاسلامية الستي استهدفت تفتيت الشروات الكبيرة وتجزئتها الى ملكيات صغيرة من جهة والعمل على بقاء وحدة وتماسك الاسرة وتضامن افرادها وازالة اسباب البغض والحقد والحسد بينهم من جهة اخرى.

ان اية خاولة لتحقيق المساواة بين الابن والبنت في احكام الميماث تصطدم مع سنة الحياة وواقع الطبيعة البشرية القرآن الكريم عندما اعطى الذكر من التركة اكثر بما اقره للانثى لم يقصد بذلك تمييز وتفضيل الذكر على الانثى كما زعم البعض، بلل الواقع هو عكس ذلك تماما فالاسلام فضل الانثى على الذكر في مجال المركز القانوني والاجتماعي. وخير شاهد على ذلك هو ان احدا من اصحاب الرسول (الله الله الله الله الناس احق مني بحسن الصحبة؟ قال: امك، قال ثم من؟ قال امك، قال: ثم من قال امك، قال ثم من؟ قال ابوك) (۱).

ان هذا الحكم من رسول الله(囊) لدليل واضع على تفضيل الانشى على الذكر اضعافا مضاعفة.

وانما اراد القرآن الكريم بالفرق بين الذكر والانثى في الميراث رعاية للعدائة في مساواة حقوق الفرد مع التزاماته. ومن البدهي ان حقوق المواطن يجب ان تكون مساوية لالتزاماته، وان كل اخلال بذلك خروج عن العدالة ومخالف للدستور الذي هو اعلى قانون في كبل بلهد، كما ان من الواضح انه لاتزال التزامات الرجل اكثر من التزامات المرأة في الاسرة ببل في المجتمع اشتراكيا كان ام غيره رغم تطور الحضارة البشرية ودخول المرأة في معركة الحياة الى

⁾ متفق عليه: صحيح البخاري: ٥/٢٢٢(٥٦٦٥)، وصحيح مسلم: ١٩٧٤/٤ (٢٥٤٨).

جانب الرجل في شتى المجالات. ولا يزال الزوج هو المسؤول عن المهر وعسن نفقسات مراسيم الزواج وعن الانفاق على الاولاد وعن مواجهة الاعداء في الحروب.

ان التعديل الجديد لم يحاول تحقيق المساواة بين الابن والبنت في الميهاث عند عدم الابن فحسب بل ذهب الى ابعد من ذلك فاعطى البنت اكثر لما يستحقه الابن، وذلك لان الجد والجدة يرثان مع ابن المتوفي بمقتضى المادة (٩٠) التي احالت توزيع الانصبة والاستحقاق الى المحاكم الشرعية، حيث ان هذه الاحكام تقضي بان ابن المتوفى لا يحجب جده وجدت باستثناء المذهب الجعفري، في حين ان كلا من الجد والجدة لا يرث مع بنت المتوفى طبقا لهذا التعديل.

العدالة تقضي بان يحل اولاد الابن او البنت على ابيهم او امهم اذا مات الاب او الام قبل وفاة الجد، وهذا ما اقره اكثر قوانين البلاد العربية، منها قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٦٤ تحت عنوان "الوصية الواجبة" حيث تنص المادة (٧٦) منه على انه: (اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته او مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد مياثا من تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث).

وطبقا لهذا النص اذا كان لشخص اولاد ذكورا كانوا ام اناثا ومات احدهم قبله وترك فروعا فانهم يحلون عمله في المياث، وهذا حكم يدعو اليه الانصاف والعدالة واقره الفقه الاسلامي (١) مع انه لا يجوز العمل به بمقتضى هذا التعديل.

كان الاحرى بالمشرع ان يعالج المشاكل القائمة المستورة منذ اكثر من الف سنة في هذا القطر بالنسبة لبعض المسائل الاخرى في المياث كمشكلة مياث اولاد البنت فهم من المرتبة الاولى من الاقارب عند الجعفرية في حين انهم من المرتبة الاخيرة من الاقارب عند اهل السنة. وعلى سبيل المثال اذا توفي شخص عن ابن بنت وابن عم فالمياث كله يكون لابن البنت عند الجعفرية ولابن العم عند اهل السنة، ومن البدهي ان القانون يشرع ويعدل ويلفي في ضوء حاجات البلد. ولكل ما ذكرنا فان العدالة تدعو الى اعادة النظر في تعديل المادة (٩١) من قانون الاحوال الشخصية بما يتفق مع روح الشريعة الاسلامية.

⁽١) ينظر: الحلى، لابن حزم، ٣١٤/٦.



مقترحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩







مقترحات تتعلق بالزواج

- تعديل الفقرة الارلى من المادة الأولى وما يحل علها والاسباب الموجبة.
- الغاء الفقرة الاولى من المادة الثالثة واستحداث مادة لأحكام انحلال الخطبة والاسباب الموجبة.
 - تعديل الفقرة الارلى من المادة التاسعة والاسباب الموجبة.
 - اضافة فقرة ثالثة الى المادة (٢٣) والاسباب الموجبة.
 - الغاء الفقرة (ب) من المادة (٢٥) والاسباب الموجبة.

مقترحات تتعلق بانحلال الزواج:

- الغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٥) والاسباب الموجبة.
 - الغاء المادة (٣٨) وما يحل علها والاسباب الموجبة.
 - الغاء او تعديل المادة (٤٢) والاسباب الموحية.

مقترحات تتعلق باحكام الوصبية والميراث:

- تعديل المادة (٧٤) وما يحل علها والاسباب الموجبة.
- تعديل الفقرة الثانية من المادة (٩١) وما يحل علها والاسباب الموجبة.

١-كما ان لكل دولة في العالم المتعضر دستورا وظيفته التصميم والتخطيط ووضع خارطة لتنظيم حياة المجتمع وتخويل المشرع تشييد ابنية القوانين في ضوء تلك الخارطة حسب مستلزمات الحياة كذلك شأن القرآن فهو دستور خالد للأسرة البشرية صنع دائرة من الاخلاق واقتصر على الكليات وخول العقل البشري ارجماء الجزئيات الى تلك الكليات في كل زمان ومكان وامره بان يتحرك وفق متطلبات الحياة على ان يكون هذا التحرك ضمن تلك الدائرة الاخلاقية.

غير انه تناول احكام الاسرة بتفصيل بحيث ضيق عجال الاجتهاد للفقيه والمشرع والقاضي في تلك الاحكام والسر في ذلك ان الاسر خلايا هيكل المجتمع ان فسدت فسد المجتمع وعمت الفوضى وسادت الرذيلة وان صلحت صلح المجتمع وعمم الحيد وسادت الفضيلة.

وانبثاقا من هذا الواقع انحصرت مصادر قوانين الاحوال الشخصية للبلاد العربية وغير العربية من دول الاسلامية في الشريعة الاسلامية فما ورد فيها من احكام تتعارض مع الشريعة انما هو من أخطاء لجنة اعداد مشروع هذا القانون او تعديلات ولم تكن المخالفة مقصودة من المشرع.

٧-قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كان القضاء العراقي يطبق في احكام الاسرة فقه ابي حنيفة وفقه الامامية، وعندما صدر هذا القانون لم يتناول جميع احكام الاحوال الشخصية بل تناول احكام النزواج والطلاق والوصية وبعض احكام المياث ونصت المادة (٩٠) منه على انه مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٣-وتداركا للنقص الموجود في هذا القانون ونظرا لحدوث تطورات ولظروف مر بها العراق اجريت عليه عدة تعديلات لم تكن موفقة في سد ذلك النقص واستجابة تلك

المستجدات، بل بعكس ذلك استحدثت حقوقا لبعض على حساب التزامات لبعض اخر بحيث لم تكن هذه الحقوق والالتزامات متعادلة في الحجم.

٤-ان مسؤليتي الدينية والوطنية تحتم على عرض بعض الملاحظات والمقترحات حول هذا القانون على السادة المسؤولين راجيا ان تؤخذ في نظر الاعتبار موزعا هذا العرض من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يخصص الاول لما يتعلق بالزواج والشاني لانحلال الزواج والثالث في الوصية والمياث.

المبحث الأول مقترحات تتعلق بالزواج ومقدماته

قبل الدخول فيما يتعلق بالخطبة والزواج من الضروري الاشارة الى خطأ موجود في الفقرة الاولى من هذا القانون ومن اكثر القوانين المدنية العربية بضمنها القيانون المدني العراقي القائم التي نصها: (تسري النصوص التشريعية لهذا القيانون على جميع المسائل اليتي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فعواها).

البديل المقترح: (تسري النصوص التشريعية لهذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها بمنطوقها او مفهومها).

الاسباب الموجية:

١-الاختصار في الصياغة لان عبارة (هذه النصوص) زائدة وحشو.

٢-ان هذه الفقرة تعطي للقاضي صلاحية استقاء احكام القانون من قناتين فقيط وهما المنطوق الصريح للنص والمفهوم الموافق بل صورة من صور المفهوم الموافق وهمي ان تكون علة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به اما اذا كانت متساوية فيسمى المفهوم لحن الخطاب دون فحوى الخطاب.

بينما للقاضي صلاحية استقاء الأحكام من القنوات الست الاتية:

١- المنطوق الصريح: وهو ما يدل عليه النص بالفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية.

٢- اقتضاء النص: وهو دلالة عقلية التزامية للنص على ان هناك كلمة ارعبارة تتطلب من القاضي ان يضيفها اليه ليدل على المعنى المراد للمشرع وعلى سبيل المثال المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين (١): (يعتبر يوم الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته) تقتضي اضافة هذه العبارة اليها: (ما لم يستند الحكم الى تاريخ سابق).

رقم (۷۸) لسنة ۱۹۸۰.

وكذلك المادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني الجديد التي تنص على ان: (للموكل ان يعزل وكيله متى شاء وللوكيل ان يتنحى عنها متى اراد) تقتضي ان تضاف اليها عبارة: (ما لم يتعلق بها حق للغير).

٣- اشارة النص (أو دلالة الاشارة): وهي دلالة لفظية عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنظوقه الصريح ولازم له كما في المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات^(١) التي تدل منظوقها على انه: (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أو اتخاذ اي اجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر)، وتدل دلالة اشارة على ان الخيانة الزوجية من احد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الآخر.

وكدلالة قوله تعالى ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَـمْ تَمَسُّـوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُـوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (٢) ، دلالة الاشارة على ان المهر ليس ركنا ولا شرطا في النزواج لجواز الطلاق قبل الدخول وقبل تحديد المهر ومن الواضح ان الطلاق انما يكون بعد النزواج الصحيح.

3- ايماء النص (أو دلالة الايماء): وهو دلالة النص دلالة لفظية عقلية التزامية على ان الحكم الوارد فيه معلل بعلة يدور معها وجودا وعدما كما في المادة (٢٨٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي (٢) والتي تدل بمنطوقها الصريح على تأجيل تنفيذ حكم الاعدام الصادر بحق المرأة الحامل الى ما بعد الولادة وكذلك يؤجمل بعد الولادة لمدة اربعة اشهر وتدل دلالة ايماء على ان علة التأجيل هي جماية حياة الطفل فاذا ثبت بالاجهزة الحديثة عدم وجود الجنين او مات بعد ولادته مباشرة فلا يؤجمل تنفيذ الحكم لان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٥- للفهوم الموافق (أو مفهوم الموافقة): وهو حكم يؤخذ من روح السنص لا مسن الفاظهه ومن مغزاه وعلته كما في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري القائم التي تسدل بمنطوقها الصريح على أن: (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحسال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة مسن المسادتين (٢٣٤) و ٢٣٣)

⁽۱) رقم (۱۱۱) لسنة ۱۹۲۹.

⁽٢) سورة البقرة / ٢٣٦.

^{(&}lt;sup>۲)</sup> رقم (۲۳) لسنة ۱۹۷۱،

وتدل بمفهومها الموافق من باب اولى على تخفيف العقوبة الى الحبس اذا اصاب الزوجة ومن يزنى بها بعاهة مستديمة).

١- المفهوم المخالف (أو مفهوم المخالفة): وهو الحكم المأخوذ من تخلف قيد وارد في النص معتبر في حكمه بحيث يعتبر بمثابة الشرط لتطبيع منظوق المنص كسا في المادة (١/١٢٩) من القانون المدني القائم (١) التي تدل بمنظوقها الصريح على انمه: (يحوز ان يكون على الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان عكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والضرر)، ففي هذا المنص قيمان احمدها عكن الحصول في المستقبل والثاني التعيين النافي للجهالة والضرر فاذا تخلف احدهما او كلاهما يكون الحكم: (لا يجوز) بدلا من: (يجوز).

الغطبة وأثارا نحلالها

لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم لآثار انحلال الخطبة لعدول أحد الخاطبين او بسبب لا ارادي كالموت، وانما اقتصر على الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي نصها: (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقدا).

وهذا نقص تشريعي في موضوع مهم يجب سده لذا اقترح الغماء همذه الفقرة واستحداث مادة مستقلة قبل المادة الثالثة كالآتى:

للادة الثالثة:

الخطبة: وعد بالزواج وفق الضوابط الشرعية والعرفية ولاتسري عليها احكام العقد.
 ٢-يترتب على الحلال الخطبة الآثار الآتية:

أ. من عدل عن الخطبة بلا مبرر شرعي يلتزم برد ما قبضه لهنده المناسبة بعينه ان
 كان باقيا والا فببدله اذا لم يكن هناك شرط او عرف يقضى بخلاف ذلك.

ب. اذا انتهت الخطبة بوفاة احدهما او عارض آخر لا ارادي قبل اكسال النواج فلا يسترد شيء من الهدايا الا بالتراضي.

ج. اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي يتحمل المتسبب منهسا التعويض للآخر على اساس المسؤولية التقصيرية.

⁽۱) رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

د. ما قبض على حساب المهر قبل انعقاد الزواج يهب رده في جميع الاحوال لانه مسن آثار الزواج فاذا اشترت به المخطوبة الجهاز او الحلي فعليها رد ما استلمته اذا كان العدول منها، والا فتخع في الرد بين ذلك وما اشترت به).

الاسباب للرجية:

- ١. عدم معالجة المشرع العراقي لهذه الاحكام.
- ٧. وقائع العدول عن الخطبة كثيرة قد يؤدي الخلاف فيها الى نتائج سلبية تنعكس اثارها على اسرتي الخاطب وللخطوية ماديا او معنويا فيجب تحديد حلول عادلة لها في القانون ولايترك ذلك للسلطة التقديرية القضائية لخطورتها.
 - ٣. أسوة بأهم قوانين الاحوال الشخصية العربية^(١).
- الفقرة الاولى من المادة (٩) التي نصها: (لا يحق لأي من الاقارب والاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضاء ويعتبر عقد الزواج دون رضاء بماطلا اذا لم يتم الدخول الح).

المقترم: تبديل كلمة" (باطلا) بلفظ: (فاسدا) او (موقوفا).

الاسباب للوجبة:

- ا. مفهوم خالفة شرط: (اذا لم يتم الدخول) هو ان الزواج الباطل يتحبول الى الصحيح بجرد الدخول ولو كان باكراه ايضا على اساس ان الدخول اجازة والباطل يتحبول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة وهذا مرفوض في للنطق القانوني.
- لا يرجد في العالم قانون يقرر تحويل العقد الباطل بطلانا مطلقا الى الصحيح بالاجازة
 اللاحقة ومن للعروف ان المشرع العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي (القابل للأبطال)
 حتى تلحقه الاجازة فالباطل والمعدوم سيان.
- ٣. المشرع العراقي اعتبر في المادة (١٩٥) من القانون المدني عقد المكره موقوف حيث نصت على ان: (من اكره اكراها معتبرا بأحد نوعي (٢) الاكراه ابسرام عقد لا ينفذ عقده).

⁽۱) منها الفصل الثاني من عجلة الاحوال الشخصية التونسية. والفصل الثالث من مدونة الاحوال الشخصية المغربية والمادتان (٤ و ٥) من الجريدة الرسمية اليمنية والمادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية السورية.

⁽٢) الاكراه الملجئ وغير الملجئ.

٤. المشرع العراقي لم يأخذ بمذهب ابي حنيفة في اقرار العقد الفاسد في القانون المدني القائم لكنه اخذ به في المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية التي تضمنت شروط الانعقاد وشروط الصحة وفي المادة (٢٢) منه حيث اقرت للمدخول بها في الزواج الفاسد مهر المثل اذا لم يذكر في العقد والأقل منه ومن المهر المسمى اذا ذكر. ومن اصول فقه ابي حنيفة ان العقد الفاسد للاكراه تلحقه الاجازة كالعقد الموقوف.

المادة (٣/١٩) ونصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على انه: (تسري على الهدية احكام الهبة).

المقترح: الغاء هذه الفقرة.

الاسباب الموجبة هي:

- ١. اذا اخذ بالمقترح المذكور في تعريف الخطبة واثار انحلالها تكون هذه الفقرة زائدة.
- لا يصح قياس هدايا الخطبة على الهبة لاختلافهما من حيث اللزوم والغايمة وحالات الرجوع وموانعه.
- المادة (٢٣) وهي تتعلق ببيان احكام نفقة الزوجة على زوجها في الفقرتين الاولى والثانية.

المتترح: اضافة فقرة ثالثة اليها كالآتي: (٣- للزوج الفقير العاجز عن العمل النفقة على زوجته الغنية).

الاسباب الموجية:

- ١. ربط القرآن الكريم النفقة بالمياث في قوله تعالى: (وعلى السوارث مشل ذلك) بعد قوله: ﴿وَعَلَى الْمُولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسُوتُهُنَّ ﴾(١) ، أي على وارث الطفل بعد وفاة والده نفقته وهذا الربط من باب: (الغنم بالغرم) أو (الغرم بالغنم) فما دامت الزوجة وارثة للزوج أذا مات قبلها فهي مسؤولة عن الانفاق عليه أذا كانت متمكنة وهد فقير عاجز عن الكسب.
- ٢. بين الزوجين ميثاق غليظ كما قال تعالى: ﴿وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا عَلِيظًا﴾ (٢) فالرابط بينهما رابطة روحية مستقاة من هذا الميثاق وبمقتضاه يجب أن يكونا شركاء في السراء والضراء.

⁽١) سورة البقرة/ ٢٣٣

Y سورة النساء / ۲۱

مقترحات لتعديل قانون الاحسوال الشخصية رقسم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩

٣. تضمن مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية هذا المقترح.

-المادة (٢٥) الفقرة الثانية: (لاتلزم الزوجة بمطارعة زوجها ولا تعتبر ناشزا اذا كان الزوج متعسفا في طلب المطارعة قاصدا الاضرار بها او التضيق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والاضرار بوجه خاص هو ما يأتى"

 أ. عدم تهيئة الزوج لزوجت بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.

ب. اذا كان البيت الشرعي المهيأ بعيدا عن على عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوفيـ ق بين التزاماتها البيتية والوظيفية).

المقترح: هو حذف الفقرة (ب) للأسباب الآتية:

التوفيق بين الالتزامات البيتية والوظيفية امر صعب إذا لم يكن مستحيلا ولو كان
 البيت الشرعي داخل عمل الزوجة إذا لم يكن بين الزوجين تعاون وتكافل.

٢. العدالة ومصلحة الاسرة تتطلبان ترك الحرية للنزوجين للاتفاق على اختيار المكان
 الملائم والمناسب للسكني بحسب المكنة المالية للزوج.

٣. المفروض في قانون الأسرة ان يكون عاملا مساعدا على استقرارها واستمرارها وعدم
 فتح الباب امام خلافات قد تؤدى الى انهيارها.

المبحث الثاني المقترحات المتعلقة بانحلال الزوج

الله: (٣٥) التي نصها: (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

 ألسكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض.

 ٢. المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثد زوجته).

القتوح: الغاء الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

 اذا كان عدم وقوع الطلاق لعدم الادراك والوعي الكاملين فان هذا الحكم نصت عليه الفقرة الأولى فتكون الثانية عبثا.

 ٢. اذا كان عدم وقوع الطلاق لرعاية حقوق الزوجة من المياث وغيره فان حده الحقوق مضمونة رغم وقوع الطلاق بائنا بينونة صغرى او كبرى باجماع فقهاء الشريعة الاسلامية اذا توافرت الشروط الآتية:

أ. أن يكون الطلاق في مرض الموت.

ب. أن يموت في هذا المرض.

ج. أن لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.

د. ان يكون بعد الدخول^(١).

واذا تحققت هذه الشروط ترث عند الحنيفة اذا مات النزوج وهي مازالت في عبدة الطلاق (٢).

وعند الامامية اذ لم تمض سنة على الطلاق ولم تتزوج (١). وعند الحنابلة ما لم تتزوج (١).

⁽١) ولم يشترط الاباضية هذا الشرط. شرح النيل وشفاء العليل: ٢٧٦/٨.

⁽٢) المبسوط – للسرخسي: ١٥٤/٦. بدائع الصنائع – للكاساني: ٢٠٦٦/٤.

المكاني - للكليني: ٦٢٢/٦. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية - لعاملي: ٣٢٧/٢.

وعند المالكية (٢) والاباضية (٢) ترث مطلقا.

- ٣. عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت لخالف لاجماع فقهاء الاسلام ولجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية مـا دام الزوج المريض متمتعا بالادراك والوعى الكاملين.
- ٤. كيف يعلم القاضي او المفتي ان هذا المريض عوت في هذا المرض مع انه الله قادر على شفائه فتبقى الزوجة المطلقة بين الزوجية واللازوجية الى ان يعرف مصيد النزوج بالشفاء او الموت.
- ٥. عكمة التمييز في العراق اقرت ان مرض الموت عنر ومن عوارض الاهلية في السمنة الأخيرة قبل موت للريض فقط وفيما عداها تصرفاته كتصرفات حالة الصحة.
 - ٦. اذا كان الطلاق لايقع فما هي فائدة عبارة (وترثه زوجته) في نهاية النص؟
 - -للادة (٣٩) التي نصها (الطلاق قسمان:
- ١. رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق.

٢. بائن وهو قسمان:

أ. بينونة صغرى: وهي ماجاز فيه للزوج التزوج بطلقته بعقد جديد.

ب. بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها).

للتترم: الغاء هذه المادة بكافة فقراتها؟

والبديل المقترح هو الاتي: (الطلاق قسمان:

١. رجمي: وهو كل طلاق بعد الدخول بلا عوض اذا لم يكن مكملا لثلاث.

حكمه: للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه بدون عقد.

٢. بائن: وهو كل طلاق تخلف فيه شرط من شروط الطلاق الرجعي(٤).

⁽١) المغنى - لابن قدامة: ٦/٣٣٠.

^{(&}lt;sup>۱)</sup> المنتقى شرح موطأ الأمام مالك: ٨٥/٤ وما يليها.

⁽٣) شرح النيل وشفاء العليل - لاطفيش (عمد بن يوسف)

⁽۱) فكل طلاق بائن اذا كان من قبل الدخول ار بعوض ار كان للمرة الثالثة او كان رجعيا وانتهت العدة فكل رجعي بعد انتهاء العدة يصبح بائنا والمشرع العراقي اعتبر في (م٤٥) من هذا القانون التفريق القضائي بائنا بينونة صغرى.

والبائن قسمان:

أ. بينونة كبرى/ وهي كل الطلاق للمرة الثالثة، وحكمها: عدم جواز استئناف الحياة
 الزوجية بينهما ما لم تتزوج زوجا آخر يفارقها بعد الدخول بموت او طلاق (١).

ب. بينونة صغرى/ وهو كل طلاق بائن لا يكون للمرة الثالثة. وحكمها: أنه يجوز للزوج أن يستأنف الحياة الزوجية مع المطلقة بعقد جديد، كما كان في المرة الأولى.

الاسباب الموجبة:

اعرف المشرع العراقي كلا من الطلاق الرجعي والبائن بحكمه وهذا غير صحيح في المنطق القانوني لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بجواز مراجعة الزوجة بدون عقد او بعقد جديد ما لم يعلم مقدما ان الطلاق رجعي او بائن.

لا لم يذكر المشرع العراقي في الفقرة (ب) طريقة استثناف الحياة الزوجية بعد الطلقة
 الثالثة كما جاء في القرآن الكريم.

٣ ان عبارة: (ومضت عدتها) في الفقرة (ب) توهم ان للزوج من مطلقته ثلاثا مراجعتها بعقد جديد اذا لم تنته عدتها وهذا مخالف للقرآن الكريم.

التفريق القضائي

المقترحات التي تتعلق بالتفريق القضائي هي الآتية:

أولا: التقليل من اسباب التفريق القضائي التي استحدثها المشرع العراقي للظروف الاستثنائية التي مر بها قطرنا العزيز وقد زالت تلك الظروف او على طريق النوال علما بان اسباب التفريق القضائي في جميع دول العالم لا تتجاوز سبعة (٢).

ثانيا: الغاء مادة (٤٢) و تعديلها بما يحول دون استعمالها بكثرة لهدم الأسرة العراقية.

ونصها: (اذا ردت دعرى التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم اقيمت دعوى ثانية لمنفس السبب فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم وفقا لما ورد في المادة الحادية والأربعين).

⁽۱) لقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِعَ زَوْجًا غَيْرَهُ) سورة البقرة /٢٣٠، فان طلقها (اى للمرة الثالثة).

⁽۲) ينظر مؤلفنا: مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة آلاف سنة: ١٨١/٢-١٥٥.

الاسباب المحية:

- ١. منطوق هذه المادة جواز التفريق القضائي رغم عدم ثبوت من اسبابه.
- ٢. كثيرا ما يختار الحكمان من قبل عامي الزوجة او من القاضي دون رعايـة قولـه تعالى: ﴿ فَابْمَثُوا حَكُمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ (١).

ودون التأكد من امانة وصدق الحكمين.

ثالثًا: المادة (٤٣) التي نصها: (للزوجة طلب التفريق عند توفر الاسباب الآتية:

- ١. اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان لـ مال يستطيع الانفاق منه).
- ٢. اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع ولو كان المزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه.

المترّح: تمديل هاتين الفقرتين كالآتي:

أ. البديل المقترح للفقرة الأولى:

(اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر بعد مضى سنة على تنفيذ الحكم ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه).

الاسباب الموجية:

- ١. لا يوجد قانون في العالم يعطي هذا الحق للزوجة بعد صدور الحكم مباشرة بل قيد ذلك في بعض القوانين بمضي سنتين على تنفيذ الحكم وبعضها قيده بعضى سنة فاكثر.
- ٧. السجون في العراق اصبحت بمثابة المدارس الاصلاحية فهناك عجال لالتقاء السنوجين في السجن او عن طريق منح الاجازة للمسجون او المحبوس بكفالة لمدة معقولة يقضيها مع زوجته راولاده في بيته. ولا يخشى على الزوجة الوقوع في الخطأ وبوجمه خاص اذا كان للزوج مال تستطيع الانفاق منه.
- ٣. كثيرًا ما يصدر العفو العام أو الخاص وهذا يسدعو إلى التريت وعسدم التسسرع في التفريق القضائي.
- ٤. احيانا يتبين بعد الحكم ومباشرة التنفيذ ان المتهم المحكوم عليه كان بريئا فيطلق سراحه.

⁽١) سورة النساء /٣٥.

ب- البديل المقترح للفقرة الثانية:

٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فاكثر بلا عنر مشروع ولو كان النزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه).

الاسباب للرجية:

القرآن الكريم اعطى للزوجة — التي هجرها زرجها بدون عنر — التربص مدة اربعة اشهر ثم لها حق المطالبة بالتفريق القصائي قال سبحانه: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَاتِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبُعَةِ أَشْهُر فَإِنْ فَانُوا (١) أربعة أشهر فان فالوا (١) فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَرَمُوا الطَّلاَقَ (٦)، فَإِنْ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١)، والايلاء هو أن يُعلف الزوج اليمين أنه لا عَرَمُوا الطَّلاقَ (٦)، فَإِنْ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١)، والايلاء هو أن يُعلف الزوج اليمين أنه لا يعاشر زوجته وكان طلاقا قبل الاسلام فالفي بعده لكن اليمين على الهجر ليس شرطا لمطالبة الزوجة بالتفريق بعد اربعة اشهر من الهجر بدون عذر.

قال القرطيي في تفسيه الجامع الأحكام القرآن (١٠): قال علماؤنا (اي المالكية) ومن امتنع عن وطء امرأته بغير يمين حلفها اضرارا بها امر بوطئها فان اسى واقام على امتناعه مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل.

ربتفق مع المالكية في عدم اشتراط السمين ما دامت الزوجة متضررة الحنابلة (٢) والزيدية (٧) .

وقال الحنفية (٨): ان لم يعاشر زوجته بدون عذر الى ان مضت مدة اربعة اشهر تبين زوجته بطلقة واحدة بالنة تلقائيا بدون حكم القاضي.

ويرى المالكية (١) انسه: اذا انتهست مسدة اربعسة اشسهر ولم يعاشسر زوجتسه فسان الحساكم (القاضي) يوقع عليه طلاقا رجعيا ويتفق معهم الشافعية (١).

^(۱) ای انتظار اربع**ة** اشهر،

⁽۲) اي رجعوا الى المعاشرة الزوجية.

فاعتبر القرآن الاصرار على الهجر عزما على الطلاق.

⁽¹⁾ سورة البقرة/ ٢٢٦-٢٢٧.

^(°) ۱۰۳/۳ قارن مختصر خلیل وشرح الحرشي/ ۹۳/٤.

⁽١) قال المرداوي في الانصاف: ١٦٩/٩: (اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر تضرب له مدة الايلاء وله حكمه وقال وهو الصواب)، اي بعد اربعة اشهر من البدء بالهجر لها طلب التغريق.

۲۲۸/۲ الروض النضير: ۲۲۸/٤ والبحر الزخار: ۲٤٢/۳.

⁽٨) شرح فتح القدير: ١٨٣/٣. تحفة الفقهاء: ٣٠٨/٢. بدائع الصنائع – للكاساني: ١٩٦٢/٤.

مقترحات لتعديل قانون الأحسوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩

وقال الامامية (٢) والظاهرية (٤): القاضي يجره بالسوط بعد اربعة اشهر على معاشرة زوجته او يطلقها او يموت في السجن. وجته او يطلقها او يموت في السجن. ٢. مدة الانتظار بعد الهجر بلا عذر لاتزيد عن سنة في قوانين البلاد العربية (٥).

المبحث الثالث المقترحات المتعلفة بالوصية والميراث

المادة (٧٤) عالجت شروط واحكام الوصية الواجبة والتي نصها: (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركة).

المقترح: تعديل هذه المادة بفقرتيها كالآتى:

١. اولاد الأولاد ذكورا كانوا ام انافا يعلون عل والدهم المتسوني او والسدتهم المتوفى اذا لم يرثوا ولهم نصيب اصلهم الذي كان يستحقه لو كان حيا باعتباره وصية واجبة على ان لا يزيد المجموع على ثلث التركة ولم يعطهم جدهم او جدتهم حال الحياة ما يساوي هذا الاستحقاق بلا عوض وان كان اقل منه وجبت الوصية بقدر ما يكمله ويسسري هذا الحكم على اولاد اولاد الأولاد اذا اجتمعوا مع اولاد الاولاد وان نزلوا.

شرح الخرشي: ٩١/٤ ومايليها.

⁽۲) الانوار للاردبيلي: ۲۹۳/۲.

⁽T) شرائع الاسلام: ٨٤/٢

⁽⁴⁾ الحلي: ٢٠/٢٠ وما بعدها.

^(°) منها قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المادة (١٢٣) ومدونة الاحوال الشخصية المغربية الفصل (٥٧).

- ٢. تسري احكام الوصية الواجبة على اولاد الاخوة والاخوات عن لا يرثون وعلى الزوجين اذا كانت الزوجة كتابية متمسكة بدينها وعلى كل وارث لا يرث لاختلاف الدين.
 - ٣. الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة. الاسياب المحية:
- ١. الوصية الواجبة في الشريعة الاسلامية التي هي مصدر هذا القانون لا تقتصر على اولاد الاولاد وانما تعم كل وارث يحرم من المياث بالحجب او اختلاف الدين او غيرهما. يقول ابن حزم الظاهري(١): وفرض على كل مسلم ان يوصي لقرابته النين لا يرثون اما لكفر واما لان هناك من يحجبهم عن المياث، او لانهم لا يرشون أصلا فيوصى لهم بما طابت به نفسه لاحد في ذلك فان لم يغمل اعطوا ولا بد ما رآه الورثة والوصي فان كان والده او احدهما على كفر ففرض عليه ايضا ولابد، برهان ذلك قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَسرَكَ خَيْسًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالآتْسرِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (٢).

وقال بالوصية الواجبة لكل قريب لا يرث فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين وكبار فقهاء الشريعة ولا عجال هنا لاستعراض ذلك مفصلا.

- ٢. المادة (٧٤) القائمة ناقصة لا تشمل اولاد اولاد الاولاد وان نزلسوا ولا غيرهم ممن لا يرثون لحجب او مانع ولا تتضمن شروط الوصية الواجبة.
- ٣. اذا اعطى الجد او الجدة الاحفاد الذين لا يرثون ما يساوي حصة والسدهم المتسوفي او والدتهم المتوفاة بلا عوض فليس من العدل والانصاف ان يشاركوا بقية الورثة ايضا عن طريق الوصية الواجبة وهذا الاحتمال اهمله المشرع العراقي.
- ٤. اختلاف الدين مانع من المياث ولكن ليس مانعا من الوصية باجماع فقهاء الاسلام فالعدالة الالهية تتطلب عدم حرمان احد الزوجين المختلفين في الدين من التركـة وقــد ساهما معا في تكوينها.
- ٥. اذا مات شخص عن ابن اخ وبنت اخ فالمياث يكون كله لابن الاخ لانه عصبة وتحسرم اخته لانها من ذوي الأرحام في الفقه السني، امسا في فقسه الاماميسة فتسوزع التركسة

على بن أحمد بن سعيد بن حزم المؤسس الحقيقي لمذهب الطاهرية ومن كبار فقهاء القرن الخامس الهجري، ينظر الحلي/ ٣١٤/٩.

سورة البقرة / ١٨٠.

عليهما للذكر مثل حظ الانثيين وللجمع بين هذين الفقيهين ورفع التعارض بينهما في بلد واحد اقترح توزيع التركة عليهما عن طريق الوصية الواجبة للذكر مشل حظ الاثنين.

٣. من مات عن اولاد اخت وعن عم او ابن عم فالمياث كله يكون للعم او ابن العم مع انه ابعد قرابة من اولاد الاخت وعللوا ذلك بانهم من ذوي الارحام والعم او ابن العم من العصبات هذا في الفقه السني. اما في فقعه الامامية فاولاد الاخت يحجبون الاعمام واولادهم لانهم من الطبقة الثانية والاعمام واولادهم من الطبقة الثالثة، وللتوفيق بين هذين الفقهين تطبق الوصية الواجبة مادام القرآن الكريم اقرها لكمل قريب لا يرث، ودعوى نسخ آية الوصية الواجبة باطلة وخلط بين التخصيص والنسخ فهي خصصت بآيات المياث وبقى حكما بالنسبة لمن لايرث (١).

-الفقرة الثانية من المادة (٩١): (تستحق البنت او البنسات في حالمة عدم وجدود ابسن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم)(٢).

للقترح: الغاء هذه الفقرة واحلال ما يأتي علها: (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب).

الاسباب المرجبة:

 ١. اسوة بالفقرة (٤) من المادة (٨٩) من هذا القانون (تعتبر الاخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب) رهذه الصياغة هي المقصودة للمشرع العراقي غير ان لجنة اعداد مشروع هذه الفقرة اخطأت في صياغتها الطويلة المخلة.

٢. ان هذه الفقرة خالفة لاجماع فقها، الشريعة الاسلامية للأسباب الآتية:

أ. في الفقه السني من مات عن جد وجدة وابن لكل من الجد والجدة سدس التركة والباقي للابن واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت بموجب هذه الفقرة لانها تحجب كل الورثة عدا الاصناف الحسة المذكورة فيها، وبذلك اصبحت البنت اقرى من الابن في المياث وهذا ما لم يقل بد اي شرع او قانون وقد أوادت اللجنة الأخذ بالفقه الجعفري ولكن خالفت هذا الفقه ايضا كما في الفقرة الاتية.

التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن: ص١٠٩.

⁽٢) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية.

ب. من مات عن أب رام وبنت المسألة الفرضية تكون مسن سبتة اسهم لكسل مسن الابوين سهم واحد وللبنت ثلاثة اسهم فيبقى سهم واحد يعطي للأب تعصيبا في الفقه الفقه السني ويوزع على الكل عن طريق السرد بالنسبة الى حصصهم في الفقه الجعفري ويعطي للبنت بموجب هذه الفقرة، وبناء على ذلك يكون توزيمع التركة على المورثة بموجبها.
 عالفا للفقهين المذكورين اللذين يوزع القضاء العراقي التركة على الورثة بموجبها.
 ان هذه الفقرة تتناقض مع المادة (٩٠) التي نصها: (مع مراعاة ما تقدم يحري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩).

رب زدني علما والحقني بالصالحين

أخطاء أصولية لأبن السبكي في كتابه جمع الجوامع



تقويم العالم الأصولي

سماحة الفاضل الشيخ مصطفى الزلمي حفظه الله ورعاه السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فإن مراجعة التراث أمر ضروري وأعده في فروض الأعيان على القادرين عليه، المؤهلين له. والتراث عندي يجمع بين علوم المقاصد الحمسة المعروفة، وهي: التوحيد، التفسير، والحديث، والأصول، والفقه. وعلوم الوسائل مهما كثرت وتنوعت من لغة ومنطق وسائر ما ألحقه أهل العلم بهما، وهذه لابد من مراجعتها كذلك. فإننا لو راجعنا اللغة على سبيل المثل لوجدنا فيها الكثير عما يمكن مراجعته والاستدراك عليه، وقد فعل ذلك الإمام الرازي ونبه إليه في تفسيه وفي المحصول وغيرهما من كتبه. لكن هذه المراجعات تحتاج الى جهابدة أرجو أن تكونوا منهم خبروا هذا التراث وعاشوا فيه ومعه فترات طويلة، إضافة الى اطلاعهم على تراث أمم أخرى لمعرفة المؤتلف والمختلف في عمليات بناء وتعامل الأمم مع تراثها.

والحق أنه لو جرت تلك المراجعات وأخذت مداها فإنها قد تطال تراث الأثمة الكبار بنفس المستوى الذي نراه في تراث نحو ابن السبكي. كم أتمنى أن نجد أمثالاً لكم في علمهم وخبراتهم وقدراتهم لدراسة وتخليل رسالة الإمام الشافعي (يرحمه الله) الذي حدد الإجتهاد بالقياس، فقال: والإجتهاد هو القياس، ولعل في هذا القول ما فيه. ونجد كثيراً من الأمور التي تستحق التوقف والمراجعة في برهان إمام الحرمين ومستصفى الإمام الغزالي. أما المتأخرون أمثال ابن السبكي فإنهم وقد قيدوا أنفسهم وقيدهم من سبق بقواعد المنطق الأرسطي فيلا غرابة أن تكتشف فضيلتكم هذا الذي اكتشفته في جمع الجوامع، أزيدكم كيل التأييد سائلا العلي القدير أن يكثر أمثالكم لمراجعة تراثنا منذ عصر التدوين الى يومنا هذا وتبين ميا فيه ولعل أهم ما اكتشفه أخوكم الصغير قلة اعتماد الأصوليين على أدلة الكتاب والسنة، وكثرة الضعيف في ما اعتمدوا عليه من أحاديث وذلك الخلط الشديد بين المصدر المنشئ

للأحكام، ألا وهو الكتاب الكريم وحده، والمصدر المبين على سبيل الإلزام وهي السنة المؤولة للكتاب والمبينة له وحدها. وأما ما ذكروه بين الأدلة بعد هذين الدليلين فما هو الا نوع من الأدوات المنهجية التي يستفاد منها في دائرة مناهج البحث وتسميتها بالأدلة في حاجة الى إعادة نظر. كيف والله تبارك وتعالى يقول: (إن الحكم الا لله) ويقول (ألم تر الى الذين اوتسوا نصيبا من الكتاب يدعون الى كتاب الله ليحكم بينهم ثم يتولى فريق منهم وهم معرضون). وهذا كما ترى يغرض على عالم مثلكم خبير بالتراث ملتزم بقضايا أمته غيور عليها حريص على نهضتها أن يراجع هذه الأمور، فكثير من الفقه، بل وبعيض القواعد الأصولية لم تبق على الكتاب ولا على تأويلاته وتفسياته وبياناته في السنة النبوية.

حين نظرت في استدراكاتكم على ابن السبكي وجدت نظرات ثاقبة وفهما وفقها وعلماً وعلماً ينبئ عن نفسه، وما تفضلتم بذكره، ومآخذكم على تعريفات ابن السبكي، لا يغفى علميكم أنهم يؤولونه بأن من يعرفون بالمعرفات يعرفونها بإعتبارات عديدة منها الملكة التي تقسوم بالفقيه والأصولي لكثرة محارسته للقواعد والأحكام، ومنها المسائل الجزئية الموجودة في كل نوع من أنواع المعرفة، ومنها تعريفات تقوم على اعتبارات اخرى قد تختلف فيها أنظار العلماء من حيث تحديد العوارض الذاتية لكل علم من تلك العلوم والعوارض الأخرى ومما إلى ذلك، مما لا يغفى على مثل فضيلتكم.

ولقد كان مشايخنا يستغرقون الأيام الطوال في شرح التعريفات ثم الإستدراك عليها ثم مناقشة الإستدراكات وكثير من أمور لا طائل منها لا تكون ملكة فقهية ولا حساً أصولياً، وكلُّ ما أخذتموه على ابن السبكي يؤخذ على غيره من الكاتبين في الأصول أو على كشير منهم على الأقل، وأنا معكم فيه.

لقد بذل مشايخنا ومعلمونا من نفائس اوقاتهم وأوقاتنا مع المنطق الأرسطي وقضاياه أكثر مما صرفوا من الجهد مع القرآن الكريم وتأويلاته في السنة النبوية. عفا الله عنا وعنهم وغفر لنا ولهم ولا نعتبر أن الوقت قد فات فالقيام بالإستدراكات والمراجعات أمر ضروري حداً.

ملاحظاتكم حول المعتزلة: إسمحوا لي أن أقول أننا وإن كنا نتمنى لو أعطي العقل من المجالات في تكوين التراث ما أعطاه القرآن الكريم لأختلف حال الأمة ولاشك، ولكنهم نسوا حظاً عا ذكروا به، إنصرفوا عنه وانشغلوا بسواه، فبلغت الأمة هذا الحضيض الذي تتمرغ فيه. كنا نتمنى على المعتزلة أن لا يشغلوا الأمة بقضية خلق القرآن وحكم الأشياء

قبل الشرع ولا قضية شكر المنعم ووجوبها بالعقل أو توقفها على النقل ولا قضايا تكليف المعدوم وما شاكل ذلك وأن يتجنبوا إضطهاد علماء الأمة الآخرين والإستنصار بالسلطان عليهم، ولكن تلك أمة قد خلت وعلينا أن نستفيد العبر والدروس.

أخي الكريم أنشر استدراكاتك على جمع الجوامع وليتك تتوسع فيها وتتناول بحاستك النقدية النافذة كتبا أخرى ومؤلفين آخرين وتتوافر على دراسة رسالة الإمام الشافعي التي جعلت الأمة أسيرة ذلك الفهم وسيطرت على الدراسات الأصولية وحددت لها مسارها لمدة ثلاثة قرون تالية بعد وفاة الإمام.

وفقك الله لما يحبه ويرضاه وأرجو لك التوفيق وأتمنى التواصل المستمر بيننا .. والسلام عليكم ورحمة الله ويركاته.

تقويم د. طه جابر لكتاب اخطاء اصولية لأبن السبكي الواصل من امريكا في ٢٠١٠/١١/٢١



المقدمة

ابن السبكي (رحمه الله) هو عبدالوهاب بن تقى الدين الأنصاري الخزرجي الملقب بتاج الدين ابن السبكى، ولد في القاهرة ٧٧٧هـ وتوفي شهيدا بالطاعون في ذي الحجـة ٧٧١هـ.، عن (٤٤) سنة، وله آثار علمية غزيرة رغم قصر عمره، منها جمع الجوامع الدي أتى في المرتبة الخامسة من تسلسل مؤلفاته البالغ عددها زهاء عشرين مؤلفاً، وقد جمع هذا المؤلف بين منهج المتكلمين ومنهج الحنفية والمنهج الروحي (التصوف)، إضافة إلى أنه يتميز بأنه من أصول الفقه المقارن، يقارن بين الآراء في أكثر المسائل الأصولية، كما يتميز بالإختصار الشديد والصياغة الدقيقة، وكان ابن السبكي من كبار عجتهدى علماء أصول الفقه، ومن الراضح أن المجتهد كما يصيب الهدف إذا أدرك الحقيقة المنشودة، فقد يقع الخطأ إذا تصور الشئ على غير حقيقته، لكنه مأجور فيا لحالتين، مادام حسن النية لقول الرسول العظيم (業): ((إذا حكم الحاكم(١١) واجتهد وأصاب فله أجران، وإذا حكم وأجتهد وأخطأ فله أجر)). ولا أدعى الوصول الى مرتبة التمييز بين الصواب والخطأ في كلام كبار العلماء، ولكن أرى من راجب كل باحث أن يبدى رأيه في الموضوع الذي يتناوله بالبحث، سواء أكبان على صواب أم على خطأ ليساهم مساهمة متواضعة في تطوير موضوع بحشه، ولو كبان ذلك حسب اعتقاده، لأن ترديد ما قاله السلف الصالح والتقليد الأعمى لكل ما قيل سابقا من المجتهدين وتقديس القائل في كل صغيرة وكبيرة وتأويل كل عبارة بما يرضع الخلل فيهما تعصبا لرأي قائلها، كان كل ذلك في مقدمة أسباب تأخر العالم الإسلامي عن ركب التقدم العلمي في جميع المجالات. وفي عالمنا المعاصر نجد أن كل شيئ تطور من حالبة إلى حالبة أخرى، سوى الفقه الإسلامي وأصول الفقه الإسلامي، ولا تزال أكثر أمثلة الفقيه الإسلامي في المذاهب الإسلامية كافة بالية، مثل (باع جاريته، رهن عبده، وطأ جارية أبيه... وهكذا)، رغم أن نظام الرق قد ولَّى من غير رجعة، بعد أن وجده الإسلام كمستنقع نتن، فقطع جميع

أ أي إذا أراد أن يحكم، لأن الإجتهاد يكون قبل الحكم.

الروافد التي كانت تزوده بالماء، فيبس إلى الأبد من غير رجعة، وكذلك ماتزال المراجع الأصولية عرومة من الأمثلة العملية الحديثة، بل نجد مثالا واحداً مكرراً في جميع مراجع أصول الغقه، كالقرء والعين للمشترك اللفظي، والدابة عند المراقيين للمرف العسام، وقيساس النبيذ على الخمر في التحريم ونحو ذلك، وإذا وجدنا خطأ وقع في كتاب سابق، نجد أنه يتكرر في مرجع لاحق، لأن الثاني نقله من الأول بحسن النية، لذا، بإسم كل غلص للإسسلام والفقسه الإسلامي وأصول الفقسه، أدعس المسؤولين في العبالم العريسي والإسسلامي أن يتبسادروا إلى تشكيل لجان في العالم الإسلامي تتولى إعادة النظر في كتابة الفقه الإسلامي واصوله، لأن ذلك فرض كفاية على كل مسلم ومسلمة، لأستبعاد الشبهات التي قد تستغل من قبل بعض الناس ضد الإسلام وشريعته الفراء، ولأنه هذين العلمين (الفقه وأصول الفقه) يعدان ثروة ذهبية غنية لو نقحت وهذبت لأصبحت مصدراً خصباً لقوانين العالمين الإسلامي وغمير الإسلامي، وكل منا يدعو إلى أن يتضمن دستور بسلاده نصما يعطى الشمريعة الإسملامية الأولوية في مصادر القوانين، ولكن في الوقت نفسه لا يحرك ساكنا لتطوير ما تركبه السيلف إلى ما يتلام مع مستلزمات الحياة الجديدة، بل يرى أن كل ما قيل سابقا عثابة نص إلهى أو وحى سماوي لا يقبل التبديل أو التعديل.

ومن هذا المنطلق بادرت إلى نقل بعض ملاحظاتي المتواضعة فيما يتعلىق باصول الفقه الإسلامي إلى تلاميذنا الأعزاء في المدارس الدينية، بادئا بكتاب (جمع الجوامع) الذي درسته عند العلامة المرحوم الشيخ عمد باقر البالكي، وقد كان من كبار علماء كوردستان إيران عام ١٩٤٢، ورغم ذلك لم يتطرق لأي خطأ من هذه الأخطاء، لأن عين الرضا عن كل عيب كليلة، وقمت بتدريسه عدة مرات من ١٩٤ إلى ١٩٥٦.

ويتم في هذا الكتيب عرض أهم الملاحظات حول الكتاب المذكور.

أولا: تعريف الفقه

عرّف ابن السبكي (رحمه الله) الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية) (١) ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- هذا التعريف كان صحيحاً قبل تدوين الفقه الإسلامي وحين اجتهاد الفقها، للظين بحكم شرعي مستنبط من دليله التفصيلي، أما بعد التدوين فقد اصبح لفظ (فقد) حقيقة عرفية شرعية في أحكام نفسها، فيقال: فقه القرآن، وفقه السنة، وفقمه أبسي حنيفة، وفقمه الإمام مالك..وهكذا، والعلم بالأحكام الشرعية ضروري للتطبيس والفتوى والقضاء، لا لوجودها.

٧- العلم يندرج تحت إحدى المقولات العشر:

فإذا كان من مقولة الكيف، فيُعرف بأنه الصورة الحاصلة من الشئ عند العقل.

وإذا كان من مقولة الإنفعال، فيُعرف بأنه انتقاش الذهن بالصورة.

وإذا كان من مقولة الإضافة، يُعرف بأنه تعلق الذهن بالصورة.

وفي جميع الإحتمالات لا يكون الفقه علما بالأحكام الشرعية، وإنما هو الأحكام ذاتها.

٣- تعريف الفقه بأنه العلم بالأحكام الشرعية، خلط بـين الفقــه بمعنــاه اللفــوي والفقــه
 يممناه العربي الشرعي، أو خلط بين العلم والمعلوم، أو خلط بين العلم بمعنى الفن كعلم المنطق
 وعلم أصول الفقه وخوهما والعلم بالمعانى المذكورة في الفقرة الثانية.

٤- العلم صفة لما يقوم به هذا العلم، بينما الفقه صفة تصرفات الإنسان كالوجوب في الواجب، والندب في المندوب، والحرمة في المحرم، والكراهة في المكروه، والإباحة في المساح. والقاعدة المنطقية تقضي بأن المعرف والمرف يجب أن يكونا متحدين بالدات ومتفايرين بالأعتبار. والفقه والعلم بالأحكام ليسا متحدين بالذات.

اذا انترضنا انتراض من يتعلق علمه بالأحكام الشرعية على كركب الأرض، هل ينقرض الفقه أيضاً. الجواب كلاً.

١ الإمام تاج الدين عبدالوهاب ابن السبكي، جع الجوامع، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ٢/١.

٦- تعريف أصول الفقه بأنه دلائل الفقه الإجمالية إلى آخره، دون العلم بها، دليل واضح على أن الفقه إنما هو الأحكام نفسها دون العلم بها.

وخطأ ابن السبكي في تعريف (الفقه) ووقع فيه غيره أيضا من علماء أصول الفقه.

ثانيا: تمريف الحكم الشرعي

عرف ابن السبكي (رحمه الله) الحكم الشرعي بتعريف خاص بالحكم الشرعي التكليفي، فقال (الحكم خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث أنه مكلف) (١١).

وبعد أن عرض أقسام الحكم التكليفي قال: (وإن ورد سبباً وشرطاً ومانعاً وصحيحاً وفاسداً فوضع) أي حكم وضعي.

ومن الواضح أن الضمير المستتر في فعل (ورد) يرجع إلى الحكم الشرعي المذكور المعرف بتعريف الحكم الشرعي التكليفي دون الحكم الشرعي المطلق، لأنه لم يُعرفه بهذا المعنى، وهذا من قبيل تقسيم الشئ إلى نفسه وغيره، لأن الحكم الوضعي قسيم الحكم التكليفي، وهذا الصنيع في ميزان المنطق مرفوض، لأن قسيم الشئ مبايل له، فكان المفروض أن يقوم ابن السبكي (رحمه الله) بتعريف الحكم الشرعي المطلق، شم يقسمه إلى التكليفي والوضعي، ويُعرف كلا منهما تعريفا مستقلا كالآتى:

الحكم الشرعي المطلق: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسسان والوقسائع على وجه الإقتضاء أو التخيير أو الوضع.

الحكم الشرعي التكليفي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الإقتضاء والتخيير شم يقسم إلى أقسامه الحمسة (الوجوب والندب والحرمة والكراهمة والإباحة).

الحكم الشرعي الوضعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الوضع، أي جعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً.

١ ابن السبكي، المصدر السابق ٢٠/١٠.

الفرق بين التصرف الشامل للأقوال والأفعال وبين الوقائع:

التصرف^(۱): هو كل ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختسار السواعي بحيث يرتسب عليه الشرع أثراً.

رإذا تخلف قيد من هذه القيود، يكون الحدث واقعة لا تصرفا، كما في الإيضاح الآتي:

ما يصدر عن غير الإنسان من حيوان أو طبيعة واقعة.

ما يصدر عن الصبي غير الميز واقعة.

ما يصدر عن المجنون ومن في حكمه واقعة.

ما يصدر عن المضطر أو المكره واقعة.

ما يصدر عن النائم والغافل والساهي أو المفمى عليه واقعة.

ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار بحيث لا يرتب عليه الشرع والقانون حقاً أو التزاما بالنسبة لمصدره واقعة، كالمكالمات الإعتيادية بين الناس للتفاهم وكالأفعال المباحة من المشي والرياضة والأكل والشرب ونحو ذلك. وجدير بالذكر أن الحكم الشرعي التكليفي لا يكون إلا في تصرفات المكلفين، فلا يُسأل غير المكلف مسؤولية جنائية عن تصرفاته غير المشروعة، لأن المسؤولية الجنائية من الأحكام التكليفية، لكن يُسأل مسؤولية مدنية (أي يجب الضمان والتعريض في ماله) إذا أحدث ضررا في مال الغير، لأن المسؤولية المدنية من الأحكام الوضعي فإنه يتعلق بفعل الأحكام الوضعية (أي ربط المسببات بأسبابها). وأما الحكم الوضعي فإنه يتعلق بفعل المكلف كجعل النجاح في المقابلة شرطاً للقبول في الدراسات العليا وهكذا، كما يتعلق بالوقائع كجعل الجنون مانعاً من المعاب وجعل البلوغ شرطاً للتكليف.

القولى أو الفعلى سواء كان مشروعا كالعقد أو غير مشروع كالقتل.

ثالثًا: المقل والنقل

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((وحكمت المعتزلة العقل)) (١٠). أي جعلت المعتزلة العقسل حاكماً، والحاكم في هذا المقام هو الموجد المنشئ للحكم الشرعي وهذا المعنى هو الواضع مسن المبارة المذكورة، وكل تأويل من قبل المؤولين يتعارض مع صراحة الكلام ولا يعفى ابسن السبكي من نسبة هذه التهمة الى المعتزلة.

ومن نافلة القول أن نقول أن فلاسفة المعتزلة هم عقله، الأمنة الإسلامية بعد الخلفاء الراشدين ولو عمل المسلمون بدعوتهم إلى استخدام العقسل مسع النقسل، لأن الله أمسر بهسذا الإستخدام في زهاء خمسين آية، لكانت المركبة المتي نزلت على المريخ إسلامية ولم تكن أمريكية، لأنه حين كان علم الإسلام يرفرف على ربع المعسورة، كانت أمريكا لم تكتشف بعد، وكان شعبها يحكمه قانون الغاب، ولكن انقلبت هذه الحقيقة لأن أكشر المسلمين ضد العقل وضد كل جديد يكشفه العقل السليم، وهذا ما ثبت لي في الإحتكاك مع الغير، وقبل أن يفكر الغرب بغزو الفضاء عنات السنين قال تعالى ﴿ يَامَعْشُرَ الْجِنَّ وَالإنس إِنْ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنفُنُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَارَاتِ وَالأَرْضِ فَانفُنُوا لاَ تَنفُذُونَ إِلاَّ بِسُلْطَانِ ﴾ (٢)، والسلطان في هذه الاية هو العلم المكتسب عن طريق العقل، ولم يقل أحد من المعتزلة، لا من قريب ولا من بعيد، أن العقل هو الحاكم الشارع الموجد ولو لحكم واحد قبل الشرع وارسال الرسمل، لأنهم في مقدمة المؤمنين بالحصر الوارد في قوله تعالى ﴿...إِنِ الْعُكُمُ إِلاَّ لِلَّهِ...﴾ (٢)، لكنهم ذهبسوا الى القول بأن بإمكان العقل اكتشاف بعض أحكام الله بصورة اجمالية قبسل الشسرع لسبعض الأعمال التي يدرك العقل حسنها كالإيمان بالله والعدل أو قبحها كالكفر والظلم والحسسن والقبح سواء كانا شرعيين أو عقليين، مبنيان على النفع والضرر، لأن الله سبحانه وتعالى حصر وظيفة الرسالة المحمدية في مصلحة الإنسان، فقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْمَالَمِينَ ﴾ (١) ، والرحمة في هذه الآية هي مصلحة بني البشر، سواء كانت إيجابية (المنفعة

١ ابن السبكي، المصدر السابق ١/٤/١.

⁽٢) سبرة الرحمن - آية: ٢٣.

 [﴿] وَأَلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُم بِهِ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنِ الْحُكُمُ إِلا لِلّهِ يَقُصُّ الْحَقُ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴾ الانعام : ٥٧

النبياء – آية: ١٠٧.

المستجلبة) أو سلبية (المضرة المستدرأة)، وسواء كانت مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية، واساس حسن كل شيء هو نفعه كما أن أساس قبح كل شيء هو ضرره ومفسدته، كما يجوز أن تبنى مسؤولية الإنسان على هذا الإدراك وبوجه خاص في الإيمان بالله تعالى، فالإيمان المعتلى والعلمي والإستدلالي يكون عن طريق استدلال العقل، فالإنسان مسؤول عن الإيمان بالله قبل الشرع، لأن الملحد لا يؤمن بالشرع ما لم يؤمن بالله، ولو توقف الإيمان بالله على الشرع للزمت الإستحالة المنطقية، لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على ما ذكرنا يكون العقل عند المعتزلة كاشفا لبعض الأحكام ومدركا لها إدراكا إجماليا، وليس بحاكم موجد منشئ للأحكام، ومن البدهيات أن المصادر الستي يطلق عليها علماء أصول الفقه تعبير (مصادر تبعية) كلها وسائل عقلية يستخدمها العقل السليم لمدى المجتهد لأكتشاف حكم الله في المستجدات والحوادث التي لم يرد بشأنها نص خاص، ومن المبعتهد لأكتشاف حكم الله في المستجدات والحوادث التي لم يرد بشأنها نص خاص، ومن الشرعية الإسلامية ٢٠٪ غالبا، وهذا القوانين هي من صنع العقل البشري، وهذا يؤيد صحة كلام المعتزلة بأن العقل السليم يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية على أساس الحسن والقبع العقلين.

الإستنتاج:

نستنتج من هذا العرض:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه، أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والعسكرية والزراعية وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دينه ودنياه يرجع إلى حكم الله، لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وان اكتشافات عقول المجتهدين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعا للجزئيات إلى تلك الكليات، عن طريق وسائل الإكتشافات كالقياس والمصلحة والإستحسان والإستصحاب وغيها عما سماه الباحثون المصادر التبعية.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالبا قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالبا يدرك الحسس والقبح وبالتسالي يدرك الوجوب والحرمة لتصرفات الإنسان قبل الشرع، فأكثر ما أدركه العقل قبسل السوحى حكم به الشرع بعده، فإدراك العقل بين من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارع، غير أن الأحكام المقلية بمجردها لا تبعث على فعل الخبر وترك الشر، فجاء الرحى مؤازرا لها ومناصرا بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة والوعد والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع، إلا بالنسبة للإيمان بالله، لأنه واجب عقلى قبل أن يكون واجبا شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الإستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (الخالق)، أما الأحكام التكليفية الأخرى، فإن المقل رغم ادراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتقبيح العقليين، إلا إنه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملا وتفصيليا، فإذا أدرك حرمة السرقة والقتل والزنا وخيانة الأمانة، فإنه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام، قسم يثبت بالعقل كوجود الله وصدق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يثبت بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمغيبات مسن الإيسان بالعالم الآخر وعاسبته على عمله، وقسم يثبت بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

رابعا: التكليف

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((والصواب امتناع تكليف الغافل والملجأ وكمذلك المكسره على الصحيح ولو على القتل)) (١).

والقول بأن المكر، على القتل غير مكلف وبالتالي لا يُسأل جنائيا ولا يُعالب دنيوياً، غالف لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على مستوولية المكسره في جبرائم الأشخاص (أي الإعتداء على النفس وما دون النفس)، وفيما يأتي نماذج من النصوص الفقهية:

أ- في الفقه المالكي (شرح الخرشي لسيدي ٨/٨): ((من أسباب القتل الإكراه وهو نسبة بين المكره والمكرّه، فيُقتل المكره (بكسر الراء) لتسببه والمكرّه (بفستح السراء) لمباشرته، إن لم عكنه قالفة الأمر خوف قتله)). أي إذا أمكنه ذلك فيقتص من المكره (بفتح الراء) وحده.

ابن السبكي، المصدر السابق ١/٨٦-٧٤.

ب- في الفقه الحنفي (بدائع الصنائع للكاساني ٩/٤٤٨): ((أما المكره على القتال فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة وعمد، ولكن يعذر ويجب الإقتصاص على المكره)). والعقوبة التعزيرية هي العقوبة التي تحددها السلطة التشريعية الزمنية من السجن والحبس أو الغرامة المالية، أي يُسأل جنائيا ومكلف لكن لا يقتص منه. وفي المرجع نفسه: ((وعند زفر (رحمه الله) يجب القصاص على المكرة (بفتح الراء) دون المكره))، وفي حاشية ابن عابدين (١٣٧/٤): ((وقال زفر يُقاد الفاعل لأنه المباشر)) أي القصاص يكون على المكرة (بفتح الراء).

ج- وفي الفقه الشافعي جاء في (تحفة المحتاج ٨/٣٨٨): ((ولو أكره على قطع أو قتــل شخص بغير حق، كأقتل هذا وإلا قتلتك فقتله، فعلى المكره (بكســر الــراء) ولــو إمامــا أو متغلبا القصاص، وكذا على المكرة (بفتح الراء) ما لم يكن أعجميا يعتقد وجوب طاعة كل أمر أو مأمور الإمام أو زعيم بغاة، لم يعلم ظلمه بأمره بالقتل)).

د- وفي الفقه الحنبلي (المفني لأبن قدامة ٧/٦٤٥): ((يجب القصاص على المكرة والمكرة والمكرة ويبا القصاص على المكرة والمكرة جميعا، وبهذا قال مالك، فوجوبه على المكرة (بكسر الراء) لأنه الغزو غالبا، فاشبه ما لو القاه على اسد في زريبة، ووجوبه على المكرة (بفتح الراء) لأنه قتله ظلماً لإستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله، وقولهم أن المكرة ملجاً غير صحيح، فإنه متمكن من الإمتناع)).

هـ- وفي فقه الشيعة الإمامية (الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٩٩/): ((ولو أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر لأنه الفاعل عمدا ظلماً)) ويتفق معهم الشيعة الزيدية (المنتزع المختار شرح الأزهار، لأبن الحسين بن عبدالله ٤/٠/٤).

و- وفي الفقه الظاهري (المحلى لأبن حزم ٨/٣٧٩): ((والإكراه على الفعل ينقسم أسمن:

أحدهما: كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب، فهذا يبيحه الإكراه ضرورة، فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه.

والثاني: ما لا تبيعه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يبيعه الإكراء، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه أتي عرما عليه إتيانه)).

ويستنتج من هذا العرض أن ابن السبكي كان ضعيفا في الفقه الإسلامي، لأنه خالف الإجماع على أن كلا من الإكراه والضرورة لا يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية في الإعتداء على النفس وما دون النفس.

خامسا: الفرض والواجب:

قال بن السبكي (رحمه الله): ((والفرض والواجب مترادفان خلافاً لأبي حنيفة وهو لفظي))(١).

الفرض في اللغة ورد بمعنى التقدير والحز.

والواجب ورد عمان منها الثابت.

وفي الإصطلاح الشرعي هما مترافان عند جهور الأصوليين والفقها، خلاف للحنفية، حيث فرقوا بينهما بأن الفرض ما ثبت بدليل قطعي كقراءة ما تيسر من القرآن في الصلاة، والواجب ما ثبت بدليل ظني كقراءة سورة الفاتحة بخصوصها في الصلاة.

وقول ابن السبكي بأن الحلاف لفظى غير صائب من وجهين:

أحدهما الإختلاف في الماهية، جاء في التحرير (٢): ((أما هم (٢) فإن ثبت الطلب الجازم بقطعي فالإفتراض والتحريم أو بطني فالإيجاب، وقال الغزالي (رحمه الله) في المستصفى (١) (فإن قيل فهل من فرق بين الواجب والفرض، قلنا لا فرق عندنا بينهما، بل هما من الألفاظ المترادفة كاغتم واللازم وأصحاب أبي حنيفة اصطلحوا على تخصيص اسم الفرض بما يقطع بوجويه وتخصيص اسم الواجب بما لا يدرك إلا ظناً))، والفرق بينهما في الماهية ثابت في جميع كتب أصول الحنفية والشافعية.

ثانيا: اختلافهما من حيث الأثر من فروض الصلاة عند الحنفية قراءة القرآن سواء كانت سورة الفاتحة أو غيرها، أما من حيث الآثار فالفرض والواجب يختلفان أيضا بدليل اجماع

⁽۱) ابن السبكي، المصدر السابق ۸۸/۱

^{(&}lt;sup>۲)</sup> في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، تأليف كمال الدين محمد بن عبدالواحد الشهير بأبن همام الدين الحنفي ص٢١٧.

^٢ أي الحنفية.

⁴⁾ مطبوع مع فواتح الرحموت، دار العلوم الحديثة، بيروت لبنان ١٦٦/٠.

فقها، الشافعية على بطلان صلاة من لم يقرأ بفاقة الكتاب مع قدرته على قراءتها وعلمه بها وتعلمه لها فعلا، فإذا قرأ ما يعادلها في سورة أخرى مع إمكانه من قراءتها، تبطل صلاته، لأن قراءتها في الصلاة بوجه خاص ركن من أركانها وتخلف ركن الشيء يستلزم بطلانه، لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((لا صلاة لمن لم يقرأ بفاقة الكتاب)).

وفي المهذب^(۱): ((ثم^(۲) يقرأ فاتحة الكتاب وهي فرض من فروض الصلاة، لما روى عبدادة بن الصامت (رضي الله عنه) أن النبسي (صلى الله عليه وسلم) قال: (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب). فإن تركها ناسيا ففيه قولان: قال في القديم يجزيه وقال في الجديد لا يجزيمه لأن ما كان ركنا في الصلاة لم يسقط فرضه بالنسيان، كالركوع والسجود)).

وفي الأنوار لأعمال الأبرار (٢): ((للصلاة اركان وأبعاض وهينات، والأركان ثلاثة عشر... الركن الرابع القراءة، ويجب (١) قراءة الفاقة على الإمام والمأموم والمنفرد في السرية والجهرية، في كل ركعة الا في ركعة المسبوق، فإنه يتحملها الإمام ويشترط في قسراءة الفاقعة رعايسة كلماتها وحروفها وتشديداتها وإعرابها وترتيبها والموالاة والتلاوة إلى آخره، وفي الفقد المنفي الفرض هو قراءة بعض من القرآن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها)).

وفي (بداية المبتدي شرح الهداية) (١): ((فرائض الصلاة ستة:

١- التحريمة (تكبيرة الإفتتاح) لقوله تعالى ﴿وَرَبُّكَ فَكُبِّرُ ﴾ (١).

٧- القيام لقوله تعالى ﴿ ..وَقُرمُواْ لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ (٧).

٣- القراءة لقوله تعالى ﴿ ...فَاقْرَزُوا مَا تَيَسُّرَ مِنَ الْقُرْآنِ...﴾ (^).

⁽۱) لأبي اسحاق الشيرازي (ابراهيم بن علي) فقيه الشافعية. ٧٢/١.

^{(&}lt;sup>۲)</sup> أي بعد تكبيرة الإفتتاح.

⁽٢) للفقيه الشافعي الأردبيلي ٨٤/١.

⁽¹⁾ الوجوب هنا يساوي الفرض عند غير الحنفية. قارن تحفة الحتاج ٣/٢ وما يليها، ومتن الغاية والتقريب لأبي شجاع أحمد بن الحسين الأصفهاني وشرحه لابن قاسم الغزوي وحاشية الباجوري ١٤٤/١.

تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني (ت-٩٦٥هـ) الفقيه الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحليي وأولاده، ٤٦/١).

^(۱) المدّثر : ۳

⁽۲) البقرة : ۲۳۸

⁽٨) المزمل : ۲۰

٤-٥- الركوع والسجود لقوله تعالى ﴿ ... ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا ... ﴾ (١).

٦- القعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد لقوله (صلى الله عليه رسلم) لأبين مسعود (رضي الله عنه) حين علمه التشهد: ((إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك))، حيث علق الإتمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ.

وفي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢) أركان الصلاة ستة، منها القراءة، قال تعالى في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦). ومن الواضح أن هذه الآية قطعية من حيث الثبوت والدلالة وهي تدل على أن قراءة بعض من القرآن ركن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها، فالصلاة عندهم صحيحة وإن لم يقرأ فيها فاتحة الكتاب، لأن قراءتها ثبت بحديث الآحاد وهو ظني الثبوت، وما ثبت بدليل ظني فهو واجب وليس فرضاً، فإنكاره ليس كفراً وتركه ليس مبطلاً للعبادة.

ولو كان الخلاف بين الحنفية والشافعية في الفرض والواجب لفظياً لما حصل الخلاف المذكور في الإكتفاء بقراءة بعض من القرآن عند الحنفية دون الشافعية.

وبعد هذا العرض الموجز يتبين لنا بوضوح أن قول ابن السبكي بأن الخلاف لفظي خطأ، لأن الخلاف اللفظي لا يترتب عليه أي أثر خلافي

سادساً : تعريف الرخصة والعزيمة :

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه (جمع الجوامع)، تعريف للرخصة والعزيمة بقوله: (والحكم الشرعي إن تغير من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي فرخصة، كأكل الميتة والتسليم والفطر المسافر لا يجهده الصوم واجبا ومندوبا ومباحا وخلاف الأولى وإلا فعزيمة)). (1)

وحد الخطأ هم أن القرآن الكريم في الأحكام التكليفية يبين لنا حكمين أحدهما يكون خاصا بحالة الظروف الإعتيادية وعدم وجود الأعذار الشرعية ويسمى (عزيمة) والثاني يكون خاصا بالحالة غير الإعتيادية وقيام الأعذار الشرعية ويسمى (رخصة).

⁽١) الحج: ٧٧

⁽T) للفقيه الكبير الكاساني ٣١٢/١ و ٣٢٤.

⁽T) المزّمل : ۲۰

⁽⁴⁾ ابن السبكي، المصدر السابق ١١٩/١.

والحكمان موجودان في النص القرآني فيبدل أحدهما بالآخر في ظروفه الخاصة به، كما ورد في قرله تعالى بالنسبة لأحكام المعرمات ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخنزِيرِ وَمَا أُمِلُّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اصْطُرُّ غَيْرَ بَاغ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (أ)

ففي هذه الآية الكريمة يتبين لنا بوضوح أن حكم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله هو الحرمة ويسمى العزيمة، لأنه الأصل المقصود المصمم للعمل به في الظروف الإعتيادية، كما يتجلى في نفس الآية أن حكم أكل الأشياء المذكورة هو الحل بل الوجوب في الحالة الإستثنائية وهي حالة الإضطرار والحاجة الماسة إلى انقاض الحياة بتناول كل المحرمات المذكورة، لأن انقاض الحياة البشرية واجب على صاحبها وغيره.

وبناء على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول: ((والحكم الشرعي إن تبدل من صعوبة إلى سهولة..الخ)) لأن كلا من الحكمين الرخصة والعزيمة جاهز ومتسوفر بالفعل، فلا يوصف أحدهما بالتغير، وإنما يجب أن يستعمل تعبير التبديل بسدلا مسن الستغير بالإضافة إلى عدم جواز وصف حكم الله بالتغير لأنه قديم.

وكما ورد الحكمان في باب العبادات في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُسواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَسَ كَانَ مِسنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةً مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ...﴾ (٢)

فالصيام عبادة سنوية مفروضة على كل مسلم بالغ عاقل غير معذور مدتها (شهر واحد)، فلا يجوز قطع هذه المدة في ظروق اعتيادية وحالات طبيعية وهذا ما يسمى عزيمة، أما في حالة قيام الأعذار الشرعية كالمرض والسفر فيكون للمريض أو المسافر وخصة الإفظار والإستمرار عليه إلى أن يزول العذر ويرجع الشخص إلى حياته الطبيعية، بناء على قاعدة (إذا زال العذر...)، ومن البدهي أن كلا من الحكمين (الرخصة والعزيمة) موجود في نص قرآني واحد، فيجوز تبديل أحدهما بالآخر كلما حل ظرفه الخاص به. والصواب في مشل هذه الأحكام أن يستعمل تعبير التبدل بدلا من التغير لما ذكرنا في الآية الأولى.

^(۱) البقرة: ۱۷۳

⁽٢) البقرة: ١٨٤

سابما: تمريف المام:

عرف ابن السبكي العام بأنه (لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر)(١).

هذا التعريف غير جامع، فلا يشمل إلا العام اللغوي، والصواب العام همو مما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغة أو عرفاً أو عقلاً. (٢)

العام اللغري: لفظ وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحت من الأنواع إن كان جنساً والأصناف إن كان نوعاً والأفراد إن كان صنفاً والأجزاء إن كان كلاً.

المام المرني:

هو لفظ نقله أهل العرف من معناه اللغوي واستعمله في معنى أعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿وَلاَ تَاكُلُواْ أَمُواَلَكُم بِالْبِاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَاكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمُّواَلِ النَّاسِ بِالإِلْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ "أ.

ولفظ (أكل) ومشتقاته في هذه الأية وغيرها مثل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلُما إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلُونَ سَعِيراً ﴾ (٤). لم يقصد به الأكل بالمعنى اللغوي، وإنما أريد به المعنى العرفي العام، وهو كل تجاوز على حق الغير بدون مجر شرعي.

المام المقلي:

َ هُو دُورَانَ الحُكُم مَعَ عَلَتُهُ وَجُوداً وعَدَماً، كَمَا فِي قُولُهُ تَعَالَى ﴿... وَالَّذِينَ يَكُنِزُونَ السَّدُّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشَّرُهُم بِعَدَابٍ أَلِيمٍ﴾ (٥).

بموجب العموم العقلي في هذه الآية كل عملة معدنية نقدية أو ورقية حلَّت عمل المذهب والفضة في كل ما يجب فيهما كالزكاة وما يحرم فيهما كالكنز وعدم الإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة، وإذا ألفيت هذه العملة

⁽۱) ابن السبكي، المصدر السابق، ١/٣٩٨-٣٩٩

⁽Y) لزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا (اصول الفقه في نسيجه الجديد) ٣٢٠/٢.

⁽۲) البقرة: ۱۸۸

⁽٤) النساء: ١٠

^(*) يُنظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٣٣٠/٢.

كإلغاء الدينار العراقي في العهد الملكي وفي حكم صدام حسين زالت العلة وبالتالي زال الحكم، ومن البدهي أن القرآن الكريم دستور إلهي خالد اقتصر على الكليات العامة وخوّل العقل البشري بإرجاع الجزئيات المندجة تحت تلك الكليات إليها في الحكم، أي الستي يدرك العقل عللها ومقاصدها، (١) كإرجاع كل مخدر وكل مسكر وكل تدخين إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو عرم، وقد نصّ على هذه القاعدة العامة قوله تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ النَّعْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِلْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَفْعِهِمَا ... ﴾ (١)، فلم يكن ابن السبكي (رحمه الله) موفقاً في تعريف العام ولا في أكبر من نَفْعِهِمَا ... ﴾ (١)، فلم يكن ابن السبكي (رحمه الله) موفقاً في تعريف العام ولا في قوله (والصحيح أن العام من عوارض الألفاظ)، لأن العام ممن عوارض الألفاظ والمعاني والأحكام، فالعموم في الموصولات (غير الجمع) (١) في معانيها لا في ألفاظها(٤)، والعموم في كليات القرآن والسنة النبوية في أحكامها، لأن الحكم في كل عام عام شامل لكل ما يندرج عته.

وقد صرح ابن السبكي بأن العموم قد يكون عرفياً وقد يكون عقلياً، ولكن جعل العموم في هاتين الصورتين أيضا من صفات الألفاظ، وقد مثل للعموم العمرفي بالفحرى وللعقلي بترتيب الحكم على الوصف، فقال: (وقد يعم اللفظ عرفاً كالفحرى أو عقلا كترتيب الحكم على الوصف ليس من ألفاظ كما هو على الوصف ليس من ألفاظ كما هو واضع. أما الفحوى فقد قال الآمدي⁽⁶⁾ (أما مفهوم الموافقة فما يكون مدلول اللفظ في على السكوت موافقا لمدلوله في عمل النطق، ويسمى أيضا فحوى الخطاب ولمن الخطاب والمراد به معنى الكتاب). وترتيب الحكم على الوصف (أي علته أو سببه)، فإنه إما بفعمل الشارع كتركيب قطع اليد على السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقُ فَاتُطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (١٠)، أو بغمل الإنسان كتركيب الحقوق والإلتزامات على العقود الصحيحة. والترتيب في الحالتين فعل وليس لفظاً.

⁽١) وعلى هذا الأساس عرفنا القياس بأنه إرجاع الجزئيات إلى الكليات المقولة المعاني.

⁽۱) البقرة: ۲۱۹

⁽اللاتي) و (اللاتي) واللاتي).

^{(&}lt;sup>1)</sup> مثل (من) و (ما) وغیرهما.

^(°) الأحكام في اصول الأحكام ٢١٠/٢.

ל" ווויבה: AT

ثامنا : تعريف التخصيص

عرّف ابن السبكي التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراده) (١١)، ثم قال: (القابل له حكم ثبت لمتعدد، ثم استعرض الأقوال الخلافية في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي. الباقي أو عجاز). وبيّن رأيه في أنه حقيقة في الباقي.

ويُلاحظ على ما ذكر ما يلي:

١- التخصيص ليس قصر العام على بعض أفراده، وإنما هو قصر حكم العام على بعض أفراده، وهذا ما صرّح به ابن السبكي نفسه بقوله (والقابل له حكم ثبت لمتعدد)، أي أن التخصيص هو إخراج بعض أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم الوارد في العام، وبالتالي قصر حكم العام على بعض أفراده وليس قصر العام على بعض أفراده.

٢- يوجد التناقض بين تعريف التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراده) وبين قوله وقول الشارح الحلى (والقابل له أي للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظا^(٢) أو معنى كالمفهوم نبه بهذا على أن المخصص في الحقيقة هو الحكم).

٣- استعراض آراء بعض علماء أصول الفقه من قبل ابين السبكي في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي أو عجاز يدل على اعترافه بأن هناك إخراجا لبعض أفراد صيغة العام العام منها، وأن هناك باقيا مشمولا بالصيغة، وبناء على ذلك يكون استعمال صيغة العام بعد تخصيصها استعمالا في غير ما وضعت له، لأن الموضوع له جميع الأفراد دون بعضها. ثم رجح ابن السبكي القول بأنه حقيقة في الباقي، وهذا يدل على إقراره بأن الصيغة حقيقة رغم استعمالها في بعض افرادها، وهذا أيضا يتناقض مع قوله (والقابل له هو الحكم الثابت السعدد)، والواقع أنه لا وجود للباقي. وإيضاح ذلك قال تعالى ﴿ للرَّجَالِ نَصِيبٌ مَّمًا تَرلُكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرِبُونَ مِمًا قَلَ مِنهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مُقُدُوضاً ﴾ (١) ولفظ (الرجال) جمع تكسير على بأل الإستغراق يفيد العموم لغة، فكأنه قال مُنهُ لكم ذكر نصيب نما ترك الوالدان إلى آخره، فالله لم يرد ابتداء شمول الحكم لوارث قاتل، فبين لكل ذكر نصيب نما ترك الوالدان إلى آخره، فالله لم يرد ابتداء شمول الحكم لوارث قاتل، فبين

^(۱) البقرة : ۲۱۹

⁽Y) كالمنطوق.

⁽۲) النساء : ۷

الرسول (養) هذا المراد وفقا لقوله تعالى ﴿...وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ السَدِّكُرِ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُولِّ إِلَيْهِمْ...﴾. (١) ، فقال (لا يرث القاتل) ، فالرسول لم يُخرج القاتل من كرنه رجلا أو إمسرأة ، أي من صيغة العموم ، وإنما أخرجه من الحكم أي من كرنه وارثا ، لأن التخصيص لا يتوجه إلى الصيغة ولا يخرج منها شيئا من افراده من كرنه مشمولا بها ، وإنما يُخرجه من الحكم الوارد في الصيغة ويبقى مشمولاً به لا بحكمها ، فأين الباقي حتى يختلف علما ، أصول الفقه في أن العام بعد التخصص هل هو حقيقة في الباقي أو عجاز؟ وهذا الخطأ مبني علمي الخطأ في تعريف التخصيص بأنه قصر العام على بعض أفراده أو إخراج بعض أفراده منه ، بينما الحقيقة هي أن التخصيص قصر حكم العام على بعض أفراده أو إخراج بعض أفراد العام من الحكم الوارد فيه .

تاسما: نسخ القرآن

قال ابن السبكي-كفيره- (ريجوز على الصحيح نسخ بعنض القرآن تبلاوة وحكماً أو أحدهما فقط). (٢)

لا ينكر نسخ بعض أحكام الشرائع السابقة بالشريعة الإسلامية ونسخ السنة النبوية بالقرآن، كنسخ التوجه إلى القبلة (٢) بقوله تعالى ﴿ قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجُهِكَ فِي السَّمَاء فَلَنُولِينَكَ بِالقرآن، كنسخ التوجه إلى القبلة (١) بقوله تعالى ﴿ قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجُهِكَ فِي السَّمَاء فَلَنُولِينَكُ وَبُهِكَ فِي السَّمَاء فَلَنُولِينَكُ وَبُهُكُم شَطْرَهُ ... ﴾ (٤) ونسخ السنة بالسنة كقول النبي (﴿ أَن نَا نَه بَعْتَكُم عَن زيارة القبول الا فزوروها أو فزوروها). ويجوز نسخ القرآن بالقرآن أيضا كما يجوز وقوعه بأن نسخت آية أو أكثر وحذف المنسوخ في القرآن الموجود بين أيدي المسلمين عبث المنسوخ في القرآن الموجود بين أيدي المسلمين عبث

⁽۱) النحل: £٤

⁽۲) ابن السبكي، المصدر السابق ١/٢٥-٢٥

⁽¹⁾ البقرة : ١٤٤٠. قال ابن الجوزي (نواسخ القرآن ص٥٥): واعلم أن قوله تعالى ﴿...فَأَيْنَمَا تُولُواْ فَتَمَّ وَجْهُ اللّهِ... البقرة : ١١٥﴾ ليس فيه أمر بالتوجه إلى بيت المقدس ولا إلى غيره، بل هو دال على أن الجهات عملها سواء في جواز التوجه إليها.

والله منزه من أن يعمل العبث، أما بقاء الآية المنسوخة في القرآن فأمر غير وارد، لأنه لا يوجد في القرآن نسخ صريح بأن يُقال الآية كذا نسخت بآية كذا، وإنحا النسخ يكون ضمنيا، والنسخ الضمني لا يكون إلا بين آيتين متناقضتين نسخت المتأخرة منهما المتقدمة، ولا نجد في القرآن الكريم آيتين متناقضتين في القرآن إحداهما ناسخة والأخرى منسوخة، في القرآن الكريم آيتين متناقضتين عبد والأصوليين فهو إما تخصيص لنص عام أو تقييد لنص مطلق أو رخصة أو بيان لنص عمل أو تدرج، أما نسخ آية من القرآن تلاوة وبقاء حكمها فهو غير موجود، وقد مثلوا له بالقول المشهور (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجوهما)، فهذا الكلام كان موجودا في العهد الجاهلي وهو تعبير جاهلي، والعقل السليم فلرجوهما)، فهذا الكلام كان موجودا في العهد الجاهلي وهو تعبير جاهلي، والعقل السليم يقضي بعدم قرآنيته، لأن كل جملة وكل كلمة في القرآن ثابتة بالتواتر، وكذلك بقاء المتلاوة ونسخ الحكم لا وجود له في القرآن، وللإطلاع على الأدلة النقلية والعقلية على ما ذكر، ونظر كتابنا (التبان لرفع غموض النسخ في القرآن)، ولا عجال هنا لعرض تلك الأدلة.

عاشرا: نسخ القرآن بالسنة:

قال ابن السبكي في بيان نسخ القرآن بالسنة: (والحق لم يقع إلا بالمتواترة) (١) نسأل المرحوم (ابن السبكي): أين تلك المتواترة التي نسخت آية قرآنية وهو يدعي وقسوع ذلك؟

ومن البدهي أن عدد الأحاديث المتواترة قليل جدا، ثم لا توجد سنة متسواترة واحدة في الشريعة الإسلامية تكون متناقضة مع آية قرآنية، حتى تكون ناسخة لها.

إضافة إلى ذلك إن السنة النبوية ولو كانت متواترة لفظها من الرسول(ﷺ) ومعناها الهام من الله وليس وحياً، فكيف تكون متكافئة مع آية قرآنية لفظها ومعناها من الله وحيا؟

ثم لماذا لم يتم النسخ من الله ذاته بالقرآن، هل كان مشغولا بعسل آخر فوكّل الرسول بذلك، أو كان عاجزا، نعوذ بالله، كيف تصور السلف الصالح من علماء الأصول ذليك وهر فيه شائبة الشرك لله؟ وكيف ترفع منزلة المخلوق إلى منزلة خالقه أيّا كمان مركز هذا

⁽١) ابن السبكي، المصدر السابق ٣/٢

أخطسا، أصمولية لأبسن السمبكي في كتابسه جمسع الجرامسع

المخلوق، ما هذه المبالغة التي لا مبر لها؟ منا الفائندة في مناقضية منا لا وجنود لنه في الشريعة الإسلامية أصلاً، وإنما يقتصر وجوده على منا في الخيال والأوهام والأذهان؟

النسخ سماه أبو مسلم الأصفهاني المعتزلي تخصيصاً ، لأنه قصسر للحكيم (أي المنسسوخ) على بعض الأزمان، فهو تخصيص في الأزمان كالتخصيص في الأشخاص. (١)

حادى عشر: نسخ العكم الشرعي:

قال ابن السبكي: (والمختار أن كل حكم شرعي يقبل النسخ). (٢)

وجه الخطأ أن الحكم في الاخبار لا يقبل النسخ، لأنه يستلزم الكذب وكذلك في الوعد والوعيد. (٢)

وظيفة السنة النبوية البيان، قال تعالى ﴿ ... وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذَّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَسا نُسزُلَ إِلَيْهِمْ... ﴾ (٤). وقال ابن السبكي: والمختار أنه رفع للحكم الشرعي، (٥) ثم قسال: ويجسوز علسى الصحيح النسخ بالسنة للقرآن، والحق أنه لم يقع إلا بالمتواترة (١).

أين هذه المتواترة التي نسخت القرآن. لأن قوله (والحق لم يقع إلا بالمتواترة) دليل علسى وقوعه بالمتواترة، أين مثال ذلك؟ اين المتواترة التي تنحصر في عدد قليسل؟ بسل في حديث واحد؟ فكان المفروض أن يقول: لا يقع إلا بالمتواترة عقلا لا فعلاً.

أين المتواترة المتناقضة للقرآن؟

حصر وظيفة السنة في البيان وابن السبكي يقول النسخ ليس بياناً وإنما هو رفع الحكم الشرعي.

⁽۱) ابن السبكي، المصدر السابق ٦٠/٢

⁽٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٦١/٢

⁽r) راجع التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن، للمؤلف.

⁽¹⁾ النحل: ££

^(*) ابن السبكي، المصدر السابق ٢/٥٠.

⁽۱) ابن السبكي، المصدر السابق ۵۳/۲.

ثاني عشر: النسخ بالقياس:

قال ابن السبكي (رحمه الله): (ويجوز على الصحيح^(۱) النسخ بالقياس). (^{۲)} ومن المؤسف أن يذهب هذا العالم الجليل إلى القول بهذا الخطسا الفاحش وأن يجرأ على اعتباره صحيحاً.

ومن الأدلة العقلية الدالة على بطلان هذا القول ما يأتي:

١- أن النسخ فرع التناقض بين الناسخ والمنسوخ، والتناقض لا يقوم إلا بين دليلين
 متكافئين ومن البديهيات عدم وجود التكافأ بين القرآن والقياس.

رمن الواضع أن النسخ (الإلغاء) إما صريح أو ضمني، والنسخ الصريح يوجد في الحديث كما في قول النبي (ﷺ): ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)) وكذلك يوجد في القانون، فإذا ألفيت مادة أو القانون كله، تنص مادة مستقلة على أنه تلك المادة الملغات لا يُعمل بها أو هذا القانون تم الغازه ولا يجوز العمل به وبما يوافقه. لكن لا يوجد النص الصريح في القرآن، فلا نجد آية تدل على أنها ناسخة لآية كذا. وإنما يكون النسخ فيه ضمنياً أي مبنياً على وجود آيتين متناقضتين، فيوفع التناقض بينهما بإقرار أن المتأخر في التشريع قد نسخ المتقدم فيه بإتفاق العلماء والعقلاء، على أن المتناقضين لا يجتمعان معا ولا يرتفعان معا.

فالنسخ يكون لرفع التناقض، فإذا لم يوجد التناقض في القرآن، لا يوجد فيه النسخ أيضاً.

٢- إن القياس لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود نص يدل على الحكم، فإذا كان النص
 موجوداً ودالاً على حكم، فكيف يُصار إلى قياس ليثبت به نقيض هذا الحكم؟

القياس لم يكن دليلا شرعيا في عهد الرسالة، المخصار مصادر الأحكام قبل وفاة الرسول (業) في القرآن والسنة النبوية. فالقرآن مصدر منشئ والسنة مصدر مبين.

⁽۱) تعبير (على الصحيح) ررد في بداية كلامه (٥٠/٢) في قوله (ويجوز على الصحيح نسخ بعض القرآن تلارة وحكما أو أحدهما فقط)، وهذا معطوف على ذلك، والقيد المعتبر في المعطوف عليه معتبر في المعطوف أيضاً.

⁽۲) ابن السبكي، المصدر السابق ٥٤/٢.

٤- دور النسخ انتهي بوفاة الرسول (義)، فكيف يكون القياس ناسخاً بعد وفات، وهو عملية اجتهادية عقلية ظنية لجأ إليها الفقها، بعد انقطاع الوحي، بل أنكر حجيته كثير من الفقها.

٥- أين هذا القياس في العالم الإسلامي حتى يجوز النسخ به، هل هو موجود في مرجع من مراجع الشرع الإسلامي أو هو عجرد تصور ذهني وجوده كوجود العنقاء، فإذا كان مجود خيال، لماذا يشوه به هذا القرآن العظيم ويُنسب اليه تهمة نسخه بالقياس. (١)

ثالث عشر: اقسام النسخ من حيث المنسوخ:

قسم ابن السبكي (٢) النسخ باعتبار المنسوخ إلى ثلاثة أقسام، منسوخ الحكم والتلاوة معا، ومنسوخ الحكم فقط، ومنسوخ التلاوة وحدها.

القسم الأول: النسخ حكماً وتلاوة:

وقد أثبتنا بالأدلة العقلية والنقلية في مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) بطلان هذا الزعم. (٢)

القسم الثاني: منسوخ الحكم دون التلاوة:

ويدل على بطلان هذا الزعم أدلة كثيرة منها ما يلي:

١- ألفاظ القرآن قوالب جعلت لمعانيه التي هي أحكام تنظم حياة الأسرة البشرية وتؤمن لها السعادة الأبدية في الدارين، إذا تم العمل بمقتضاها، فالألفاظ غير مقصودة لذاتها وإنما جعلها الله لتكون وسيلة لإيصال تلك المعاني والأحكام إلى الإنسان وهذه الألفاظ وردت في الكتب السمارية بلغات متعددة، آخرها اللغة العربية الحية المرنة القابلة لتحميلها أكثر مسن معنى في القرآن العظيم الذي هو دستور الأخير المعدل للدساتير الإلهيئة السابقة يلتسزم

⁽١) وقد يرد هذه الآدلة من هو متعصب لأبن السبكي أكثر من تعصبه للقرآن الكريم.

^{۲)} ابن السبكي، المصدر السابق ١/٢ ٥-٢٥.

^(۲) ص۷۵ وما يليها،

الإنسان بالعمل بمقتضاه مادامت الحياة باقية على كركب الأرض.

والألفاظ بمثابة القشرة والحكم بمثابة اللب في غير القرآن من المأكولات المباحة للإنسان، فماهي فائدة القشر إذا جرد من لبه وهل تبقى له قيمة يعتد بها قبل ذلك.

٢- القرآن نزل على عمد (ﷺ) ليبلغ به الأسرة البشرية ويكون رحمة للعالمين، كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً للْعَالَمِينَ﴾ (١) ولم ينزل للترديد بألفاظه وليتغنى به في المناسبات وعلى المقابر والأموات، وإنما هو دستور الأحياء للعمل بمعانيه ومقتضاه، فما هو المقتضى إلى كان المطلوب الأساس مفقودا وهو المعانى والأحكام.

٣- ماذا تقول لم أهدى اليك علبة من حلويات وبعد أن سلمها لك، سحب محتوياتها من
 تلك الحلويات، فطلب منك الإحتفاظ بالعلبة حتى تشتم ريحة الحلويات وتتلذذ بقشرها.

٤- ماذا يُقال لمن يشرع قانونا لتنظيم مجتمعه وضمان حقوق والتزامات أفراد هذا المجتمع، ثم يلغي العمل مقتضاء، لاشك أن مثل هذا العمل يعد سفها ونقصا وعبثاً وعملاً لا معقولاً بالنسبة للمشرع الوضعي، واذا كان الغاء الحكم وبقاء المبادة (الألفاظ) نقصاً بالنسبة إلى العبد، فكيف يجوز أن يُنسب إلى عليم حكيم عزيز قدير منزه عن كل عيب ونقص.

٥- أين تلك الآيات التي نسخت أحكامها وبقت تلاوتها؟ وهذا التصور مجرد خيال لا
 وجود له إلا بالنسبة لمن يجعل الأوهام حقيقة لا وجود لها خارج ذهن الإنسان.

القسم الثالث: منسوخ التلاوة دون الحكم:

وهذا الزعم باطل أيضا لأدلة أهما ما يلي:

١- إن هذا الكلام إن صع فإنه ليس بقرآن وقد استشهد دعاة هذا النبوع من النسخ بأخبار آحاد منها (الشيخ والشيخة إذا زنيا(٢) فأرجموهما البتة نكالاً من الله).

رمن الغريب أن يُعد هذا الكلام كلام الله نسخ تلاوته وبقي حكمه، مع أنه كان كلاماً جاهلياً معروفا قبل الاسلام، وإن الذوق السليم يدرك أن مثل هذا التعبير خمال عن كل بلاغة وبعيد عن أن يكون كلام الله سبحانه وتعالى، نسخت تلاوته وبقي حكمه.

⁽١) الأنساء: ١٠٧

[&]quot; البرهان في علوم القرآن، للإمام بدرالدين محمد بن عبدالله الزركشي، رقم ٢٥/٢.

ثم إن الرجم الذي قضى به الرسول تقليدا للعرف الجاهلي أو أخذا بما هو في التوراة، قد نسخ بقوله تعالى ﴿الزَّانِيةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِنَةَ جَلْدَةٍ ...﴾ (١)

٧- الرجم لم يثبت في القرآن، وإنما ثبت بغمل الرسول (義) بناء على ما كان في العرف الجاهلي أو في التوراة، وإن القاعدة الشرعية العامة التي أقرّها القرآن قبل القوانين تقضي بأنه (لا جرعة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ اللهُرَى حَتَى يَبْعَثَ فِي أُمّها رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا...﴾ (١)، ولا توجد آية قرآنية تنص على عقوبة الرجم لجرعة الزنى إذا كان الزاني أو الزانية متزوجاً.

٣- وقد أنكر كبار العلماء هذا القسم من النسخ لعدم منطقيت، ومن هؤلاء الزركشي⁽¹⁾ حيث قال: (وجزم شمس الأئمة السرخسي بإمتناع نسخ التلاوة مع بقاء الحكم، لأن الحكم لا يثبت بدون تلاوة)، ومنهم صدر الشريعة⁽¹⁾ (ومنع بعض العلماء وجود المنسرخ تلاوة، لأن النص لحكمه والحكم ببالنص، فبلا انفكاك بينهما)، وقبال القاضي أبويكر الباقلاني⁽¹⁾ (إن رواية عمر وأمثالها من الروايات التي تزعم وجود قرآن نسخ تبلاوة روايية آحاد لا يصع التعويل عليها، فما تثبته غير ثابت ولو كانت التلاوة باقية لبادر سيدنا عمر (ﷺ) إلى كتابتها ولم يعرج إلى فعل النص).

٤- وقال الآلوسي: نسخ التلاوة أصلا عتنع.

⁽١) النور: ٢

^{(&}lt;sup>۲)</sup> القصص : ۹۹

⁽۱۰٤/٤ البحر الحيط ١٠٤/٤

⁽¹⁾ التوضيع والتنقيع ٢١٨/٢.

⁽b) الأنتصار لنقل القرآن المخطوطة ص ٢٠١.

رابع عشر: تمريف القياس:

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه جمع الجوامع، تعريفه للقياس بأنه (حمل معلسوم على معلوم على معلوم على معلوم على معلوم لمعلوم للمعلوم المعلوم المعلو

وجه الخطأ: إن العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه لا تكون متساوية دائما بسل العلمة التي هي ركن من أركان القياس قد تكون مساوية في كل من المقيس والمقيس عليه، كما في قياس إحراق مال اليتيم على أكله المحرم في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمُوَالَ الْيَتَامَى ظُلُما إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلُونَ سَعِياً ﴾. (٢)

والضرر الذي يترتب على احراق مال اليتيم باية طريقة كانت يساوي الضرر الذي يترتب على أكله بدون زيادة أو نقصان، فالقياس في هذه الحالة يسمى (القياس المساوي).

وقد تكون علة الحكم أشد وأقوى في المقيس من المقيس عليه كما في قياس ضرب الوالدين على التأفيف المحرم في قوله تعالى ﴿...فَلاَ تَقُل لّهُمَا أَفَ... (٢) ﴾، لأن من البدهي أن في الضرب إيذا، بدنيا ومعنويا اشد بكشير من إيذا، التأفيف من الناحية الحسية والمعنوية. والقياس في هذه الحالة يسمى القياس الجلي أو القياس الأولى. وقد تكون العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه في المقيس أخف واضعف كقياس أبي حنيفة (رحمه الله) جواز تزويج البنت العاقلة الرشيدة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون اذن وليها على جواز بيعها لمالها الخاص بجامع خصوصية الحق المتصرف فيه للمتصرف ومن الواضع أن العلة في المقيس أضعف حجة لأن موضوع التزويج لا يخص البنت ذاتها كما يخصها مالها الحاص، لأن التزويج بدون إذن الولي يُعد وقاحة بالنسبة للبنت من جهة ومن جهة أخرى قد يعزدي إلى اساءة سمعة الأسرة، فالحصوصية في الحقين غير متساوية، وهذا القياس يسمى القياس الخفي أو القياس الأدنى. وبناءا على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول حمل معلوم على معلوم لأشتراكها في علة الحكم عند الحامل.

^(۱) القصص : ۹ ه

⁽۱) النساء: ۱۰

٣ الإسراء: ٢٣

أخطاء أمسولية لأبسن المسبكي في كتابسه جمسع الجرامسع

ثم ان تركيز ابن السبكي على صغة المساواة للعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه يتناقض مع تنبيه لفكرة التقسيم الثلاثي للقياس بحسب قوة وضعف علته الى الجلي والمساوى والخفى في نفس المرجع.(٢١٧/٢)

رب زدني علما والحقني بالصالحين





الدولة والمفاضلة بين النظامين (الملكي والجمهوري)



طبيعة هذا الموضوع تتطلب تقسيم دراسته من الناحية الشكلية إلى فصلين:

يُخصص الأول لتعريف الدولة وعناصرها وأسباب نشوئها وأنواعها.

ويكسون الثساني للمغاضسلة بسين النظامين الجمهوري والملكي.

الفصل الأول الدولة، عناصرها، أسباب نشوئها، أنواعها

وتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث، الأول في عناصر النولة، والشاني في نشأتها والثالث في أنواعها.

المبحث الأول الدولة وعناصرها

أصل كلمة دولة (State) يعود إلى اللغة اللاتينية وبالذات كلمة (Status) التي تعني الحالة المستقرة. ولم تأخذ الكلمة مدلولها السياسي إلا في العهد الروماني عندما أقيست الجمهورية. ولها معاني سياسية وقانونية وإجتماعية وثقافية، إختلفت باختلاف الأزمنة والأمكنة. (١)

تعريف اللولة

عُرَفت الدولة بتعريفات متعددة، أدقها أنها "كيان سياسي وتسانوني مسنظم يتمشل في عجموعة من الأفسراد السذين يقطنسون في أرض عسددة ويخضعون لتنظيم سياسسي وتسانوني واجتماعي معين تفرضه سلطة عليا معترف بها في القسانون السدولي لهسا شخصسية معنويسة تتمتع بحق استخدام القوة."(٢)

يعطي جماعة معينة فيه سلطته عليها تتمتع بالأمر والإكراء.

^{&#}x27; الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص١٣٠ ' عرّفها الفقيه الفرنسي كارى دى مالبيزج بأنها مجموعة من الأفراد تستقر على اقليم معين تحت تنظيم خناص

عناصر الدولة:

عناصر كل شيء هي ما تؤخذ من تعريفه، فإذا كان العنصر جزءاً من ماهيت يُسمى ركناً، وإلا فيُسمى شرطاً.

ويؤخذ من التعريف المذكور أن عناصر الدولة ستة، وهي السكان، والإقليم، والحكومة، والسيادة، والإستقرار والإعتراف الدولي.

العنصس الأول/ السكان: ولا يُشترط عدد معين ولكن يلزم أن يقوم بين افسراد الدولة أيًّا كان عددهم نوع من الإنسجام. (١)

العنصس الثاني/ الإقليم: ويشمل الإقليم البرّي والبحس القاري والمياه الإقليمية وساطن الأرض من الأرض وما فيها من مناجم ومعادن ومياه جوفية، كما يشمل ما فوق الأرض من الأنهار والغابات والمرتفعات والجيال.

أ- سواء كان إقليماً ارضياً، وهو مساحة من الأرض قد تتحدد بحدود طبيعية كالجبال والبحار والأنهار، وقد تتحدد بحدود صناعية كإقامة الأسوار والأبراج والأسلاك، لتكون فاصلاً واضحاً يُبيّن نهاية حدود الإقليم.

ب- أو كان إقليماً مانياً وهو جزء من البحار الملاصق غدود الدولة والذي يُطلق عليها البحر الإقليمي، إذا رُجد، ويشمل البحر القاري والمياه الإقليمية.

ج- أو كان إقليما جوياً، وهو الفضاء الجوي الذي يعلو الإقليم الأرضي والبحري حسب حدودهما، وللدولة أن تمارس سلطاتها الكاملة في هذا الجزء من الإقلميم الجوي دون تقيد بإرتفاع معين.

العنصس الثالث/ الحكومة: أي السلطة العامة، فيلزم لنشوء الدولة قيام سلطة عليا، تكون قادرة على أن تتولى شؤون الجماعة، سواء كان قيامها برضماء الجاعمة أو بدونه.

وعرّفها الدكتور نظام بركات والدكتور عثمان الرواف والدكتور عمد الحلوة بأنها كيان سياسي وقانون منظم يتمثل في مجموعة من الأفراد الذين يقيمون على أرض عددة ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي معين تفرضه سلطة عليا تتمتع بحق استخدام القوة.

الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١٩٦٤، ص٢٥.

العنصس الرابع/ السبيادة: وهي حالة إستقلال سلطة الدولة عن أية سلطة أخرى، داخلية كانت أم خارجية.

وبتعبير آخر الإستقلال السياسي أو الوحدة السياسية. ويُقصد بذلك قيام جماعة بذاتها بعيدة عن اندماجها أو تبعيتها لوحدة سياسية أخرى. وإذا توافرت هذه العناصر الأربعة أصحبت الجماعة دولة في العرف القانوني الداخلي، ومنه القانون العستوري، ولكن هذا لا يكفي وحده لوجود الدولة في القانون الحارجي (القانون العربية بالإعتراف الدولي العام)، بل يجب أن تستكمل هذه الجماعة سيادتها الحارجية بالإعتراف دولياً للجماعة بصفتها دولة حرة في اختيار شكل حكومتها مع حقها في التمثيل السياسي والتصرف بإسم الدولة مع غيها من الأمم.

العنصر الخامس/ الإعتراف بالحكومة: رقد إختلف فقها، القانون الدولي في تحديد طبيعة الإعتراف، هل هو اعتراف منشئ أو مقرر؟ وهل هو عمل سياسي أو عمل قانوني؟ وهل هو ملزم أو اختياري؟ وهل يصح أن يصطحب الإعتراف بشروط معينة؟ وهل يجوز أن تكون للإعتراف أثر رجعي؟ ولا عجال هنا لإستعراض الأدلة التي يستند إليها تلك الإتجاهات المختلفة ومناتشتها.

وبمقتضى توافر تلك العناصر كلها لا يتصور وجود الدولة بدون أن تكون لها شخصية قانونية، فتظهر كوحدة مستقلة من الأفراد المكونين لها وتكون هي صاحبة السلطان دونهم، لذا يُقال شخصية الدولة شخصية معنوية، وذلك لتمييز ما بينها وبين الشخصية الطبيعية المادية ألتي للأفراد. وهذا هو الوجود الدائم الذي يميز الدولة من الأفراد المكونين لها ومسن الأشخاض الآدميين المثلين إياها، ويترتب على هذا الدوام نتائج أهمها ما يأتي:

أ- الحقوق التي للدولة تظل قائمة ما بقيت هذه الأخيرة وإن تبدل ممثلوها وكان الناس
 إلى القرن السادس عشر يعتقدون أن السيادة تنقطع وتتعطل عند وفاة الملك.

ب- الإلتزامات التي تتعهد بها الدولة تبقى رغم تبدل شسكلها أو تغيير عمليها فتطل الإلتزامات المالية التي تعلقت بذمة الدولة قائسة وكبذلك تبقس المعاهدات الستي تيمها.

ج- القوانين التي تسنها الدولة تبقى قائمة ما لم تلغ صراحة وضمناً.(١)

^{&#}x27; الدكتور عثمان خليل، القانون النستوري، الكتاب الأول في المبادئ النستورية العامة، ص٥٨ وما يليها.

المبحث الثاني نشأة الدولة

تعددت النظريات في كيفية نشوء الدولة، منها ما يلي:

أولا: النظرية الثيوقراطية، (١) مضمونها هو أن الدولة نشأت على أساس إلهي، وقد مرَّت هذه النظرية بالصور الثلاث الآتية:

١- كان الحاكم (أو رئيس الدولة) يُعتبر من ذي طبيعة إلهية، فهو لم يكن الحساراً من الله، بل كان الإله ذاته. وقامت بعض الدول القديمة على هذا الأساس، كما كان في مصر وفارس وهند وصين، وكان الملوك والأباطرة يُنظر إليهم بإعتبارهم آلهمة، وكان المرومان يُقدسون الإمبراطور بإعتباره إلهاً.

٢- تطورت نظرية اعتبار الحاكم من طبيعة إلهية، ولم يعد الحاكم إلها أو ذا طبيعة إلهية، بل أصبح مستمداً سلطته من الله، فالحاكم يصطفيه الله ويودعه السلطة، وهذا ما يسمى التفويض الإلهي المباشر. أي أن الحاكم يستمد سلطته من الله مباشرة دون تدخل إرادة أخرى في إختياره. كما في العراق القديم في عهد حمورابي.

٣- التفريض غير المباشر في العصور الوسطى أثناء الصراع بين الكنيسة والإمبراطور، ظهرت فكرة التفريض الإلهي غير المباشر، أي أن الحاكم يتولّى السلطة عن طريق شعب بتوجيه من الإرادة الإلهية.

والنقد الموجه إلى هذه النظرية هو أنها عُرّد حيلة يلجأ إليها الحاكم تبريراً وتـدعيماً السلطته المطلقة الإستبدادية، وتلافياً لمسؤوليته عن أعماله أمام الشعب. (٢)

ثانيا: نظرية العقد الإجتماعي: مضمونها أن الحياة الفطرية سبقت قيام الجماعة، فانتقل الإنسان من الحياة الفطرية إلى الحياة الجماعية عن طريق عقد اجتماعي بين الأفراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة. وقد ظهرت هذه النظرية في القرنين السبابع عشر والثامن عشر، وكان من أنصارها والمدافع عنها في القرن السابع عشر، الفيلسوفان

[·] دكتور ثروت بدوى، النظم السياسية، ص٨٦ وما يليها .

د.حازم عبدالمتعال، النظرية الإسلامية في الدولة، ص٧٠ وما يليها،

^{*} د.حازم عبدالمتعال، المرجع السابق، ص١٦٤.

الأنكليزيان (هويز، ولوك)، وقد بلغت هذه النظرية ذروة شهرتها على يد السياسي الفرنسي الشهير (روسو).

ومن الإنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية:

- ١- عدم وجود دولة في التأريخ نشأت عن طريق العقد الإجتماعي.
- ٢- إنها عجرد افتراض من ورائه خطورة إعطاء الدولة سلطة تحديد مدى ما تنازل عنه
 الأفراد من حريات ومدى ما تحملوه من التزامات، وفي هذا تمهيد السبيل للحكم
 المطلق.
 - ٣- فكرة التعاقد في حد ذاتها بعيدة عن خيال الإنسان في العصور الهمجية الأولى.
 - ٤- مبدأ الحريات والحقوق السياسية لا يصح أن يكون علا للتعاقد.
- ٥- من الصعب تصور عقد يستم في وقست لم توجد فيه وسائل المواصلات البرية
 والبحرية والجوية والسلكية واللاسلكية بين أفراد بنى البشر.

الصلة بين المقد الإجتماعي وبيعة العقبة:

لا يوجد أي تقارب بين بيعة العقبة في عهد الرسالة ربين العقد الإجتماعي، للأسباب الآتية:

- أ- العقد الإجتماعي عجرد افتراض وخيال ليس له سند من الواقع. بخلاف بيعة العقبة، فهي ثابتة بالتواتر.
- ب- الإتفاق في بيعة العقبة لم يكن على أساس تكوين الدولة، بـل كـان في البيعة
 الأولى الإتفاق على التوحيد والإلتزام بالقواعد الإجتماعية والأخلاقية. وفي
 الثانية كان الإتفاق على التضامن في حالتي السلم والحرب.
- ج- لم يحضر في البيعة جميع أفراد المسلمين، بل حضر في الأولى إثنى عشر رجملاً مسن
 أهل المدينة، وفي الثانية حضرها ثلاث وسبعون رجلا وإمراتان. (١١)
- ثالثًا: نظرية التطور العائلي: أي نشأت العائلة أولا ثم تطورت إلى حلقة الجماعة، ثم إلى العشيرة، ثم إلى القبيلة، ثم إلى المدينة السياسية، ثم إلى نشأة الدولة.

ريؤخذ على هذه النظرية بعض المآخذ منها:

أ- لا يؤيدها التأريخ، لأن هناك بعضاً من الدول كالفرس ومصر الفرعونية وبلاد

^{&#}x27; الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، رسالة الخلافة، ص٥.

الإغريق في الروماء لم تمرُّ بهذا التطور.

ب- فكرة العائلة لم تكن هي الأصل في تكوين الجماعات البشرية، بل كانت المرأة في ذلك العهد أقرب إلى المتاع المشاع، فلم تكن هناك أسرة حتى تتطور.

رابعا: نظرية المضرورة: الإنسان كائن إجتماعي يسعى بإستمرار للمحافظة على كيات ورفع مستوى معيشته، وهو في هذه الطبيعية لا يستطيع أن يعيش منفرداً لعدم قدرته على إشباع كل حاجاته ومستلزمات حياته، لذا اقتضت المضرورة إلى تكوين وجود مجتمع لحماية العلاقات الإنسانية المتعددة والمصالح الخاصة والعامة، ولو تطلب ذلك نزول البعض عن قدر معين من الحقوق التي يمتلكها بحكم الطبيعية. يمنى أن يكون هناك قواعد تُنظم سلوك الأفراد ومعاملاتهم وتُشرف عليها سلطة عامة، تُبشل هذا المجتمع، قادرة على إجبار كل فرد على إحتمام ما تضعد من قواعد يراعى بها التوازن بين الحرية والمصلحة الذاتية. (١) وهذه النظرية يؤيدها المقبل السليم.

خامسه: منظرية الحقوقة ترى هذه النظرية أن الدولسة مصدرها الأول القسوة والصراع بين الجماعات البدائية. فالدولة طبقاً لهذه النظرية لا تعدد أن تكون في الواقع نظاماً فرضه شخص أو أشخاص بطريق العنف على باقي الأفراد ، لحملهم على الحضوع لهم. وقد حاول أنصار هذا الإتجاء الإستشهاد بوقائع تأريخية تسبين عنصسر القبوة وأهميت كمصدر فعال لنشأة الدولة. (٢)

والقوة في معناها الحديث تتسع لتشمل الفكر والإقتصاد والسياسة. (٢) ومن الإنتقادات المرجهة إلى هذه النظرية أن عديداً من الدول الحديثة نشأت نتيجة لإستقلال المستعمرات دون نظرية القوة، والقوة رغم أنها عنصر هام للدولة، غير أن

^{*} لمزيد من التفصيل يُراجع الدكتور توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط١٩٨١، ص١٣ الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، ط١٩٨١، ص.و.

الدكتور عمد كامل ليلة، النظم السياسية،

الدكتور نعمان أحمد الحطيب، المرجع السابق، ص٤٣٩.

[&]quot; الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون النستوري، ص٣٦١.

الدكتود ابراهيم شيحا، مبادئ الانطعة السياسية، ص١٨٢.

ويُعتبع ابن خليون من أنصار هذه النظرية، حيث أوضح في كتابه (المقدمة) هذا الإفتراض وحدد كيفية نشيأة المهولة وإنهيارها .

وحدها لا تكفي لأن تكون مصدراً أو أصلاً لنشأة الدولة.

سادسا: نظرية التطور التاريخي: ومن أهم ما تمتاز به هذه النظرية من غيرها مسن النظريات السابقة، أنها لا تُرجع أصل نشأة الدولة إلى عامل عدد بذاته، وإنما إلى عوامل متعددة كالقوة والإقتصاه والدين والفكر وقو ذلك. فهذه العواصل تفاعلت بعضها مع البعض، ثم أدّت إلى تجمع مجموعة من الأفراد وظهور فئة استطاعت فرض سيطرتها على سائر الجماعات، ثم ظهور فئية عليها حاكسة وأضرى محكومية. ومن البدهي أن تفاعل العوامل الإقتصادية والإجتماعية والفكرية والمادية لم يحدث فجيأة في تجمع واحد، وإنما حدث في فترات زمنية طويلة. ومن أنصار هذه النظرية في فرنسا، (عميد ديجي). (1)

وهناك نظريات أخرى لا ارى فائدة في نقلها أو مناقشتها.

تقويم النظريات المذكورة:

وفي رأينا المتواضع أن نظرية الصرورة هي الأقرب إلى الواقع، ورغم ذلك فإن لكل نظرية درراً مهماً في تكوين الدولة في بعض أقطار المعمورة، ولا ترجع نشأة الدولة إلى نظرية عددة دون أخرى، بل ساهمت كل نظرية في ضوء طبيعة منطقة نشأة الدولة وتأريخها وطبيعتها من الناحية الإقتصادية والإستراتيجية، وتدخل الظروف الحارجية والداخلية في شؤون الشسعب الذي نشأت فيه الدولة.

طبيعة الدولة:

ذكرنا سابقا أن الدولة ليس لها رجود حسّي أو كيان مادّي الإنساني الذي له شخصية طبيعية كسائر الكائنات الحيّة، لذا قال علساء القانون أن للدولة شخصية معنوبة (أو حكمية) بعد الإعتراف بها، فلها حقوق وعليها التزامات داخلية ودولية، لكن لا تستطيع أن تمارس اختصاصاتها القانونية إلا عن طريق شخص طبيعي، ولا تأثير لتغيّر نظام الدولة من الملكية إلى الجمهورية أو بالعكس، ولا لتغيّر الشخص الطبيعي الذي يمثلها في اختصاصاتها من الحقوق والإلتزامات، وعلى سبيل المثل سقوط صدام حسين لم يكسن له أي تأثير على حقوق والتزامات العواق لا داخلياً ولا دولياً.

الدكتور فزاد العطار، النظم السياسية والقانون النستوري، ص٥١٦.

المبحث الثالث انواع الدولة

تنقسم الدولة إلى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي: من حيث الشكل تنقسم إلى الدولة البسيطة والدولة المركبة. ومن حيث اساس نظام الحكم تنقسم إلى ملكية وجمهورية. ومن حيث طبيعة نظام الحكم تنقسم إلى ديمقراطية ودكتاتورية.

أولا: الدولة البسيطة:

هي التي تكون كتلة الأمة فيها واحدة متجانسة غيع بجزأة ولا مقسمة كفرنسا وأيطاليا واسبانيا ومصر وسوريا، وإن تعددت أقسامها الإدارية من مديريات وأقاليم وولايات وعافظات. أي أن الدولة البسيطة تُسارس السلطة فيها الإدارة المركزية واللامركزية.

أ- الإدارة المركزية قبد تكون مطلقة التمركز من حيث صدور جميع القرارات التشريعية والإدارية من المركز (مركز السلطة في العاصمة) ويكون رؤساء الوحدات الإدارية كالمحافظين معينون من قبل المركز تابعون له ومنفذون لأوامره.

أما الإدارة اللامركزية فهي حالة توزيع مهام السلطة وذلك عنع المناطق الإدارية حقوق الإدارة الذاتية، فيختص سكان كل وحدة إدارية أو عجموع وحدات (أقاليم) بإدارة شؤون وحدتهم أو إقليمهم إدارة ذاتية. ومن ذلك حق انتخاب المجالس البلدية وحق انتخاب أعضاء عجلس الحكم المحلي. ومسنع المجالس المحلية المنتخبة صلاحيات الإدارة الذاتية بإعتبارها عجالس تشريعية علية لا تتقاطع مع المجلس التشريعي المركزي. وبذلك تنقسم دولة مركزية إلى مركزية مطلقة

ومركزية ديمقراطيسة، كمسا تنقسم الدولسة اللامركزيسة إلى لامركزيسة عسدودة ولامركزية مطلقة. (١)

كما ان الدولة البسيطة قد تكون ملكية وقد تكون جمهورية، ويأتي تفصيلهما في الفصل الثاني بإذن الله.

ثانياً: الدولة المركبة:

رهي التي تتألف من دولتين فأكثر، لكل واحدة منها سيادة داخلية وسيادة خارجية متميزة. وتنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- الإتحاد الشخصي: رتكون وحدة شخص رئيس الدولة هي مظهر الوصدة، ولكل دولة سياستها الخاصة وقوانينها الداخلية. ويتألف الإتحاد الشخصي من عدة دول بسيطة منفصلة ومستقلة بعضها عن بعض انفصالاً تاماً من كل الوجوه، بحيث يكون لكل دولة مسن دول الإتحاد الشخصي سيادتها الداخلية والخارجية وشخصيتها المعنوية المنفصلة تماماً على الصحيدين الداخلي والدولي، ولكل منها حكومتها المستقلة. والرابط الوحيد بينها هو وحدة الرئاسة. وهذا النوع من الدول المركبة لا وجود له اليوم في المحيط الدولي المعاصر. وصن أمثلته سابقا (هولندا ولوكسمبورغ) وقد أنشأه مؤتمر فينا عام ١٨١٥م، وفي سنة ١٨٩٠م الحل هذا الإتحاد. (1)

ومن مظاهر هذا الإتحاد:

أ- الإتحاد الشخصي ينشأ بالصدفة ويزول كذلك بالصدفة، لأنه في الغالب نتيجة حادث عارض في حياة الدولة، وهو تقابل عسرش دولستين أو أكثر في شخص واحد ملكاً أو امبراطوراً.

ب- تحتفظ كل دولة بشخصيتها وسيادتها الدولية.

ج- معاهدات إحدى الدول لا تُلزم الأخرى.

^{&#}x27; يُنظر القاضي نبيل عبدالرهن حياوي، اللامركزية والفدرالية، ص١١ وما يليها.

اتبع فقهاء القانون والسياسة مناهج متعددة في تقسيم الدول تبعاً لطبيعة اختصاصاتهم ومن تلك التقسيمات إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة السيادة.

الرجع السابق، ص١٣٠. الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٨١ وما يليها.

د- تبقى كل دولة من الدول الأعضاء أجنبية تجاه الأخرى.

ه- لكل دولة جنسيتها الخاصة.

ويُعتبر الإتحاد الشخصي اضعف الإتحادات.

٧- الإتحاد الإستقلالي أو التعامدي: ينشأ نظام الدول التعاهدية بإتفاق يُبرم بين عدة دول، يتكون بمقتضاء على تعاهدي يضم عملين للدول الموقعة على الإتفاق، ويجتمع بإنتظام للنظر في المسائل المشتركة المحددة بالإتفاق. ورغم هذا المجلس التعاهدي، تحتفظ كل دولة بإستقلالها وسيادتها، ولا يترتب على الإنضمام لهذا الإتحاد قيام دولة فوق الدول المتعاهدة، وإنما ينحصر الأثر في النظر في بعض المسائل التي تهم الإتحاد.

وأهم ما يميز الإتحاد التعاهدي من الإتحاد الفدرالي أن كل دولة من الدول المنضعة للإتحاد التعاهدي، إضافة إلى احتفاظها بشخصيتها، تحتفظ أيضا بحريتها في الحروج من الإتحاد التعاهدي في أي وقت شاء. ولهذا فإن الإتحاد التعاهدي يُعتبر بطبيعته نظاماً مؤقتاً ينتهي بعد مدة إما إلى الزوال وإما إلى التحول إلى الدول التعاهدية أو إلى دولة فدرائية. وهذا هو ما حدث فعلا بالنسبة للدول التعاهدية التي عرفها التأريخ. منها دول الإتحاد التعاهدي لدول أمريكا الشمائية الذي استمر من عام ۱۷۷۸ الى ۱۷۸۷، حيث تحول إلى دولة فدرائية بصدور دستور الدولة الفدرائية. ويتميز بعدم إمكان توسيع إختصاصات هيئة الإتحاد إلا بموافقة جميع الدول المشتركة فيه على ذلك.

٣- الإتحاد الختيقي أو الفعلي: في هذا النوع مظاهر الوحدة والتماسك تزداد فيكون للدولة رئيس أعلى واحد، وسلطات واحدة تباشر شؤونها الخارجية والعسكرية، بحيث تفقد كل دولة داخلة بهذا النوع من أنبواع الدول الإتحادية أو المركبة شخصيتها الدولية بالكامل لصالح دولة الإتحاد. وهذا الإتحاد أقوى من سابقيه. ومعناه أن دولتين أو أكثر تَنضَمُ فيما بينها في اتحاد دائم تحت رئيس واحد وحكومة واحدة في كل ما يتصل بشؤونها الخارجية، ويترتب على ذلك أن ينشأ شخص دولي جديد، هو دولة الإتحاد. ويترتب على هذا النوع النتائج الآتية:

أ- تفقّد دول الأعضاء شخصيتها الدولية، فالتمثيل الدبلوماسي تكون واحداً بالنسبة إلى الإتحاد. ب- الحرب مع إحدى دول الأعضاء تُعتبر حرباً مع الكل.

والحاصل إن الإتحاد الفعلى أو الحقيقى:

- هو اتحاد بين دولتين أو أكثر تتخلى أطرافه عن سيادتها الخارجية لتصبيح ذات شخصية دولية واحدة ويتولى رئاستها أحد رئيسي الدولتين.
- السياسة الخارجية واحدة والتمثيل الدبلوماسي واحد تتولاه حكومة واحدة، ويحمل مواطنو الدولتين جنسبة واحدة.
 - الأمور الداخلية يُترك للنول الأعضاء حق حربة التصرف فيها.
 - الحرب التي يدخل فيها أطراف الإتحاد تُعد ملزمة لأطراف.
 - الحرب بين الدول الأعضاء تُعد حرباً أهلية.

ومن أهم الأمثلة على هذا الإتحاد:

الجمهورية العربية المتحدة (مصر-سوريا) ١٩٥٨-١٩٦١.

الإتحاد بين اليمن الشمالي والجنوبي منذ ،١٩٩٠

3- الإتحاد الكونفدرالي: هو عبارة عن أحد أنواع الدولة المركبة تتكون عن توافق إرادات دول مستقلة تمام الإستقلال بتأليف عجلس اتحادي استشاري عثابة جمعية دولية سياسية أو منظمة أو هيئة تضم المثلين عن حكومات الأعضاء، وقرارات المجلس تُصبح إلزامية. كما أن تكون الفدرالية قد يكون بسموجب معاهدات وإتفاقات دولية يُخول كل عضو أن ينسحب منها حسب ما هو منصوص عليه في وثيقة المعاهدة. (١)

٥- الإتحاد المركزي أو الفعرالي: وهي دولة كاملة التكوين والسيادة.

من أنواع الدول المركبة ذات الأهمية في الوقت الحاضر الدولة الفدرالية أو الإتحاد المركزي أو الفدرالي، وتتكون الدولة الفدرالية من اشتراك مجموعة من الدول في دولة واحدة، بحيث تحتفظ كل دولة بدستورها الخاص الذي تضعد بنفسها، كما تحتفظ بسلطاتها العامة الثلاث (التشريعية والقضائية والتنفيذية).. وفي نفس الوقت تنشأ دولة مركزية فوق مجموع الدول المكونة للإتحاد الفدرالي، ويكون لهذه الدولة المركبة دستور خاص بها وسلطات مركزية تشريعية وتنفيذية وقضائية

[·] القاضى نبيل، المرجع السابق، ص١٨

تُباشر وظائفها بالنسبة للدولة المركزية، أي بالنسبة للإختصاصات الستي يعهد بها إليها الدستور المركزي لكي تباشرها السلطات المركزية بالنسبة لجميع الدول المُنضَمَّة للإتحاد الفدرالي، بمعنى أن هذه الإختصاصات تخرج بهذا التحديد مسن نطاق الإختصاصات التي تُباشرها السلطات العامة في الدول الأعضاء في الإتحاد. وتتميز الدولة الفدرالية بأنها تُعتبر في نظر سائر الدول في القانون الدولي دولة واحدة مُمثلة في الدولة المركزية، وفي الإتحاد الفدرالي تُنظم العلاقات بين الدول الأعضاء فيما بينها من جهة وفيما بينها وبين الدولة المركزية من جهة أخرى وفقا الأحكام القانون العام الداخلي، وبوجه خاص القانون الدستوري المركزي وأحكام دساتير الدول الأعضاء.

كيفية توزيع الإختصاصات بين الدولة المركزية والدويلات (الأقاليم):

هناك ثلاث طرق يمكن اتباعها فيما يتعلق بتوزيع الإختصاصات بسين الدولة المركزية والدويلات (أو الأقاليم):

الطريقة الأولى: أن يُحدِد الدستور المركزي اختصاصات كل من الدولة المركزية والدويلات على سبيل الحصر. ومن أمثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقا.

رمن عيوب هذه الطريقة أنها لا تسمح بتحديد صاحب الإختصاص بالنسبة للمسائل التي يُظهرها التطبيق العملي لأحكام الدستور دون أن يكون لها ذكر في نصوص الدستور.

الطريقة الثانية: أن يُنص في الدستور على اختصاص الولايات على سبيل الحصر، ويُترك اختصاص الدولة المركزية بدون تحديد، على أساس أن كل ما لا يدد ذكره في اختصاص الولايات يكون من اختصاص الدولة المركزية. وبذلك يكون اختصاص حكومة الإتحاد عاماً وشاملاً بحيث يتناول كل الأمور فيما لم يدد فيم نص.. ومن عيوب هذه الطريقة أنها تؤدي إلى توسيع اختصاصات الإتحاد وتقويمة مركزه مع مرور الزمن على حساب سلطة الدويلات.

الطريقة الثالثة: تُحدد اختصاصات الدولة المركزية على سبيل الحصر، على أن تكون للدويلات حق مباشرة جميع الإختصاصات الستي لا تدخل في اختصاصات الدولة المركزية بصريح النص. وهذه هي الطريقة المتبعة في تحديد الإختصاصات في

المكسيك والأرجنتين.(١)

مقارئة بين سلطة الدولة المركزية وسلطة الدويلات:

وجدير بالذكر أن سلطة الدولة المركزية أقوى بوجه عام من سلطة الديلات لسبين:

أحدهما أن الدولة المركزية تُباشر اختصاصاتها المقررة لها في الدستور بالنسبة لسكان الولايات.

والثاني أن السلطة القضائية المركزية تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة الأعضاء وبين الدولة المركزية.

أحمية نظام الإتماد المركزي(الفنرالي):

- ١- يُعتبر نظام الإتحاد المركزي أكثر النظم ملائمة للدول التي تتكون من أقاليم متسعة الأرجاء كالولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقا. أو يكون سكان الدولة مكونين من قوميات مختلفة كالعراق في الوقت الحاضر.
- ٢- توجيه دويلات ذات نظم متغايرة وجعلها واحدة قويسة بدون أن يسؤدي إلى
 القضاء على شخصية هذه الدويلات.
- ٣- له الفضل في تجميع عدة دول صغيرة سابقاً وتمكينها من التمتع بميزات دولـة
 واحدة، ولو لا هذا النظام لبقيت متباعدة ضعيفة.

انتهاء الإتحاد المركزي (الفدرالي): يُتصور أن تنتهي الدولة المتحدة اتحاداً فدرالياً بأحد الأسلوبين:

أحدهما: انهيار هذه الدولة بالطرق التي يقررها القانون الدولي العام لإنهيسار الدول.(٢١)

والثاني: بقاء الدولة مع تحول شكلها بأن تتحول إلى دولة واحدة بسيطة أو إلى نوع آخر من أنواع الإتحاد المذكورة كالإتحاد التعاهدي وهذا الأسلوب يُتصور نظرياً، لكن لم يقع تأريخياً إلاّ الأسلوب الأول.

أ يُنظر الدكتور عمد كامل ليله، النظم السياسية، ت١٩٦٨، ص١٣٢.

الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٨٦ وما يليها.

٧- الإتحاد السويسري: ومن أروع أنواع الإتحادات في الماضي والحاضر والمستقبل، الإتحاد السويسري، عقتضي دستوره الصادر في ١٨/ نيسسان ١٩٩٩ المصبول بله منهذ أول ينساير ٢٠٠٠. ونستعرض فيمها يلبي بعهض مهواد دستور الإتحاد السويسري، لإثبات أن هذا النوع من الإتحاد يعقق جميسع الحقوق والإلتزامات تحقيقاً مقترناً بالعدالة والمساواة دون تمييز باللفة أو الدين أو العرق أو الصنف أو غ ذلك:

"المادة ١ - الاتحاد السويسيري: يتكون الاتحاد السويسيري من الشعب السويسرى والمقاطعات الآتية: زيورخ، يين، لوتزرن، لورى، شفيتز، أوبغالـ من ونيدفالدن، جلاريس، تنزوج، فريبورج، سولوتورن، مدينة بازل وريفهما، شافهاوزن، ابنزل رود الخارجية والداخلية، سبانت جيالين، جراوبونيدن، آرجياو، تورجار، تسین، فو، فالی، نیوشاتیل، جینیف، وجورا.

المادة ٢ - أحداف الاتحاد:

- ١) يحمى الاتحاد السويسري الحرية وحقوق الشعب ريحافظ على استقلال وأمن البلد.
- ٧) يدعم الاتحاد الرخباء العبام والتنميسة الدائمية والتماسيك البداخلي والتعدديسة الثقانية في البلد.
 - ٣) يوفر الاتحاد تكافؤ الفرص بين المواطنات والمواطنين لأقصى حد ممكن.
- ٤) يبذل الاتحاد الجهد للحفاظ الدائم على الموارد الطبيعيسة ويسمى لتحقيس نظمام دولي يسوده العدل والسلام.

المادة ٣ - المقاطعات: تتمتع المقاطعات بالسيادة طالما أن دستور الاتحاد لم يصد من هذه السيادة، كما تمارس المقاطعات كافة الحقوق التي لم تفوض إلى الاتحاد. المادة ٤ - لغات الدولة: لغات الدولة هي الألمانية، والفرنسية، والإيطالية،

والربتورومانش.

المادة ٥ - مبادئ تصرفات دولة القانون:

- ١) القانون هو أساس وحدة تصرفات الدولة.
- ٢) تكون تصرفات الدولة من أجل المصلحة العامة وتتناسب مع الهدف المنشود.
 - ٣) يجب على أجهزة الدولة والأشخاص التصرف وفقاً لمبادئ حسن النية.
 - ٤) يحترم الإتحاد والمقاطعات القانون الدولي.

المادة ٦ - المستولية الفردية والإجتماعية: كل شخص مستول عن نفسم ويبذل كل ما في وسعه للمساهمة في انجاز مهام الدولة والمجتمع.

المادة لا - كرامة الإنسان: يجب احترام وهماية كرامة الإنسان.

المادة ٨ - المساواة:

- ١) كل الناس متساوون أمام القانون.
- لا يجوز التمييز بين الناس بسبب الأصل أو العرق أو الجنس أو العمر أو اللغة أو الوضع الإجتماعي أو طريقة الحياة أو الإعتقاد الديني أو الفلسلفي أو السياسي ولا بسبب الإعاقة البدنية أو العقلية أو النفسية.
- ٣) الرجل والمرأة متساويان في الحقوق ويكفل القانون المساواة القانونية والفعلية بينهما خاصة في الأسرة والتعليم والعمل. ولكل من الرجل والمرأة الحق في نفس الأجر عن نفس العمل.
- ٤) يتخذ القانون الإجراءات اللازمة لإلغاء عدم المساواة التي تمس بالمعاقين.
 الحادة ٩ الحماية من التعصف وحماية حسس النية: لكل إنسان الحق في أن تعامله أجهزة الدولة دون تعصب وطبقاً لمبادئ حسن النية.

المادة ١٠ - الحق في الحياة والحرية الشخصية:

- ١) لكل انسان الحق في الحياة، عقوبة الموت عنوعة.
- ٢) لكل انسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة في سلامته البدنية والنفسية وفي
 حربة التنقار.
- ٣) التعذيب عنوع وكذلك كافة صور للعاملة أو العقوية القاسية أو اللاإنسانية أو المعينة. (١) (١)

^{*} ترجمة البلاكتور عمسود الجنسدي والسدكتور مسامي السنيب. وقسد ثمّ قبسول هسذا الدسستور في تصبويت شعبسي ف١٩٩٨/٤/١٨ وقرار اتمادي في ١٩٩٨/٨/١١.

المقاطعات (الكانتونات) عبارة عن (٢٣) مقاطعة (كانتوناً). اللستور يتكون من (١٩٧) مادة مقسمة إلى منة أبواب: الباب الأول- قواعد عامة.

الباب الثاني- الحقوق الأساسية وحقوق المواطنة، والأهداف الإجتماعية.

الباب الثالث- الإتحاد، والمقاطعات، والبلديات.

الباب الرابع- الشعب والمقاطعات.

الباب الحامس- السلطات الإتمادية

الفصل الثاني المفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري

وطبيعة هذا الموضوع تتطلب توزيع دراسته على مبحثين: يُخصص الأول للنظام الملكي والثاني للنظام الجمهوري.

المبحث الأول النظام الملكي، محاسنها ومساوئها

الحكومة الملكية هي التي يتولى رئيسها الأعلى السلطة عن طريق الوراثة، باعتبار ذلك حقا متوارثاً لا يُشاركه فيه أحد مدى الحياة.

ويسمى هذا الرئيس الملك أو الإمبراطور أو القيصر أو السلطان أو الأمير أو السوق أو غير ذلك من الألقاب.(١)

من تتبع تأريخ نشأة النظام الملكي في الماضي والحاضر يجد فيها مساوئ سلبية تنعكس آثارها السلبية على الشعب الخاضع له، ومنها ما يلي:

أولا- قامت الملكية في أصلها على زعم أن الملوك آلهة، (١) أو يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها ،(٢) ولم تتهذب الأنظمة الملكية لتتماشى مع تطور الحضارة وتتلاءم مسع

الباب السادس- مراجعة النستور والقواعد الإنتقالية. ألدكتور عبدالغني البسيوني عبدالله، النظم السياسية أسس التنظيم السياسي ط١٩٨٤ ص١٩٨٨.

مصالح شعوبها، إلا بعد مراحل متعددة تتخللها كثير من أعمال العنف، انتهت في الفالب إلى ثورات دامية رفعت لواءها الشعوب في وجه النظام الملكي، وقد نجحت هذه الثورات فآلت الملكية منذ بداية القرن العشرين إلى الصور الآتية:

- أ- أصبح الملك في بعض البلاد عجرد رمز، كما في بريطانيا واليابان.
- ب- تحولت الملكية المطلقة إلى الملكية المقيدة أو الدستورية، كسا في العسراق سابقاً
 والأردن حالياً.
- ج- هجرت الأنظمة الملكية في كثير من دول العالم وحلّت علها الأنظمة الجمهورية، كما في كثير من الدول الأوروبية. (٣)
- ثانياً رغم تطور الأنظمة الملكية بغضل الدساتين التي حددت صلاحيات الملوك وقيدت الملكية المطلقة، فإن دور الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية الستي يُبنى عليها نظام الحكم الديمقراطي لا ينزال ضعيفاً في النظام المحكم، إذا قورن بالنظام الجمهوري في العالم.(2)
- ثالثاً في ظل النظام الملكي من الصعب التوفيق بين صلاحيات الملك التي تُثبت عادة في الدساتي، وبين مقتضيات التطور الحضاري وحمايسة الحقوق الطبيعية والحريسات العامة للشعب، وقد نبّه علماء الدستور على ما بين النظام الملكي والحكم الديمقراطي من المجافاة والتعارض، فالملكية الوراثية تحسل صاحبها على تقويسة

^{&#}x27; نظرية الطبيعية الإلهية للحاكم تذهب إلى أن الحاكم يكون من طبيعة الآلهة، فهو لم يكن مختاراً من قبل الله، بل الإله نفسه، كما في مصر القديمة، كان ملك فرعون يعتبر إلها، ولُقب في عهد الأسرتين الأولى والثانية باسم (هوريوس)، ولُقب في عهد الأسرة الرابعة باسم (رع)، وقد أخذت هذه النظرية أساساً لتأسيس سلطة الحكام في كل من الهند والصين أيضاً.

وترى نظرية الحق الإلهي أن الحاكم هو إنسان من البشر، يصطفيه الله ويودعه السلطة، فالحاكم يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها دون أن يتدخل أحد من البشر في اختياره، فهو يُختار من قبل الله بطريق مباشر.. يُنظر الدكتور ابراهيم عبدالعزيز شيما، مبادئ الانظمة السياسية- الدول، الحكومات، ص٧٦-٧٧.

ليُنظر: الدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، ط٩٥٦، ص٣٤٤، وما يليها. الدكتور محمد كامل ليلة: النظام السياسي، ص٨٠٨ وما يليها.

^{*} ورغم هذا التطور لايزال الملك محتفظ بقدسية نسبية، كما ينص على ذلك الدستور الأردني في المادة (٣٠) التي تنص على أن (الملك هو راس الدولة وهو مصون من كل تبعة ومسؤولية).

نفوذه عن طريق الارتباط بالجهات الأجنبية أو تغذيبة المنسوبية والعشائرية على حساب مصالح الطبقات الأخرى.

رابعاً- الوراثة ليست طريقة مضمونة حتى يلي الحكم ملك صالح يملك مسؤهلات تؤهله لنصب رئاسة الدولة، وإذا ولّى ملك غير مؤهل لا يستطيع أي مسواطن أن يطعن بشخصيته طبقاً لنظام الوراثة، وبالتالي لا يخلص الشعب من الآثار السلبية لحكمه إلا بثورة تُقلعه، والثورة طريق غير مأمون ونجاحها غير مضمون. (1)

خامساً عياب ضمانات تطبيق الدستور والرقابة الدستورية في الأنظمة الملكية، وقد ينص الدستور على جميع الحقوق والحريات للمواطنين، لكن صلاحيات الملك تجعل هذه النصوص الدستورية مشلولة، وعلى سبيل المثل إن القانون الأساسي العراقي سابقاً لم يكن قاصراً، ولكن لم يتمتع الشعب العراقي بحقوقه الدستورية، بسبب الصلاحيات الواسعة الممنوحة للملك وبسبب غياب الرقابة الدستورية. (٢)

سادساً: النظام الملكي يقوم في أصوله الأولية على إنكار سيادة الشعب^(۲)، لأن الشعب ليس له أي دور في اختيار من يرث العرش من سلالة الملك السابق، ولأن سلطته مستمدة من الوراثة لا من الانتخاب، والملوك يعتبرون حقهم في تبولي الحكم حقاً شخصياً، لذا تهتم دساتي البدول الملكية ببيان كيفية تبوارث العبرش أكثر من احتمامها بحقوق وحريات المواطنين، كما في المواد (۲۸- ۲۰) من الدستور الأردني لسنة ۱۹۵۲.

سابعاً- الوراثة ليست طريقة مضمونة لكي يلي الحكم ملك صالح يتمتع عزهلات تزهله لمارسة الرئاسة، التي هي أخطر مسؤولية تتطلب شخصية تملك مسؤهلات تؤهله

يُنظر: الدكتور سليمان محمد المطاوي، مبادئ القانون الدستوري، ص١٩٧.

على سبيل المثل إن القانون الأساسي العراقي السابق نصّ في المادة (٨١) على إنشاء عكمة عليا يشمل اختصاصها مراقبة دستورية للقوانين، لكن هذه الحكمة لا تجتمع إلا ببارادة ملكية تصدر بوافقة عجلس الوزراء، كما في المادة (٨٣)، ومعنى هذا أن إعمال هذا النص النستوري مرهون بإرادة الملك.

إضافة إلى ذلك فإن الحكمة في تشكيلها المبيّن لا تُنشئ ضماناً كافياً لحماية الحقوق والحرسات العامة. فطبقا للمادة (AY) من النستور، تُشكل الحكمة من ثمانية أعضاء، نصفهم ينتخبهم عجلس الأعيسان، والنصف الآخر يُنتخبون من حكام عكمة التمييز أو غيرهم.

كن هذه السيادة تقدم وديعة من إلى الملك كما في المادة (١٩) من القانون الأساسي العراقي التي تنص على أن (سيادة المملكة العراقية المستورية للأمة وديعة الشعب للملك فيصل بن الحسين، ثم لورثته من بعده).

لتحملها، وإذا وقع ذلك فليس من المؤكد أن يبقى الملك صالحاً خلال فترة حكمه، وإذا ولى الحكم ملك غير صالح طبقا لنظام الوراشة، لا يستطيع الشعب أن يطعن في شخصيته، لأن من لم يشارك في انتخاب الرئيس، لا يحق له أن يوجمه إليمه النقد أو يطلب تبديله بمن هو أصلع.

ثامنا- تحولت أنظمة ملكية كثيرة في العالم إلى أنظمة جمهورية دون العكس، وهذا خير دليل على أفضلية النظام الجمهوري بالنسبة للنظام الملكي.

تاسعا- النظام الملكي الذي مارسه الخلفاء الأمويسون والعباسيون بعد تبديل النظام الجمهوري الانتخابي في عهد الخلفاء الراشدين إلى النظام الملكي السورائي، كان في مقدمة الأسباب الرئيسة لتخلف العالم الإسلامي والعربي عن ركب الحضارة البشرية وبوجه خاص في المجال التكنولوجي ولصيرورة العالم العربي والإسلامي المنزق لقسة سائفة لأعدائه وللمستعمرين والمحتلين. (١)

هاشرا- إن النظام الملكي إذا صلح لبعض البلاد، فإنه غير صالح بالنسبة للعراق مشلا،
لأن شعبه مكون من عدة قوميات وأديان وطوائف، فمن الصعب اختيار الملك من
فئة معينة من هذه الفئات، لأن اختيار الملك من أي فئة يعني ترجيح كفة هذه الفئة
على البقية، لأن السيطرة الفعلية من الناحية العملية تكون بيد الجهة الستي ينتسي
إليها الملك، لأن الملكية تنتقل عن طريق الوراثة. واستياد الملك من خارج العراق أمر
يرفضه منطق القانون وسيادة الشعب.

مزايا النظام الملكي:

من مزايا النظام الملكي في رأي أنصاره ما يلي:

١- نظام يؤدي إلى الاستقرار في شؤون الحكم، بسبب بقائه رئيساً للبلاد مدى حياته، الأمر الذي يُعكنه من اكتساب خبرة واسعة في شؤون الدولة الداخلية وعلاقاتها الخارجية، لذا قال (جلادستون) إن الملك بعد أن يحكم عشر سنوات، يعرف عن نظام الدولة، أكثر من أي رجل آخر في المملكة. (٢)

لان كثيراً عن تسلموا منصب الخلافة الإسلامية عن طريق الوراثة، لم يكونوا أهلاً لهذا المنصب، فلم يتفكروا في مصالح الامة.

ني مصالح الأمة. * يُنظر: الدكتور عمد كامل ليلة، النظم السياسية، ص٣١٧.

- ٢- يتولى الملك منصب رئاسة الدولة بالوراثة، وهي طريقة بطبيعتها هادئة تُجنب الدولة كثيراً من المنازعات والمعارك الانتخابية لرئاسة الدولة، التي قد تحدث في ظلل النظام الجمهوري.
- ٣- إن طريقة تولي الملك لمنصب رئاسة الدولة بالوراثة، تجنبه الانخراط في أي حزب من الأحزاب، ما يكفل استقلال رئيس الدولة عن الأحزاب السياسية المتنافسة في السبلاد ويُبقيه فوق الأحزاب جميعها، مما يضمن التوازن بين السلطات المختلفة في الدولة، والتوفيق بين جميع الاتجاهات السياسية، وتقديم النصح والتوجيه لها في إطار الصالح العام، بخلاف النظام الجمهوري ألذي لا يصل فيه الرئيس إلى منصبه إلا من خلال ترشيح ودعم الأحزاب السياسية له. (١)

ومساوئ النظام الملكي من البديهيات التي لا يمكن انكارها أو مناقشتها.

^{&#}x27; يُنظر: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص٢٠٩.

المبحث الثاني النظام الجمهوري، محاسنها ومساوئها

الحكومة الجمهورية هي تلك الحكومة التي يصل فيها السرئيس الأعلسي إلى موقعه عسن طريق الانتخاب، على أن يمكث في هذا المنصب المدة التي يحددها الدستور. (١)

يتميز النظام الجمهوري بمزايا تبرز ترجيحه على النظام الملكي حين الخيار بـين النظـامـين، ويمكن تلخيصها في المزايا الآتية:

أولا- النظام الجمهوري يضع رأس الدولة شخصاً ينتخبه الشعب أو ممثلوه، ومن الواضح أن الناخب عادة لا يَنتخب إلا من يراه أكثر كفاءة وصلاحاً وخبرة وأهلاً لتولي الحكم في الظرف الذي يتم انتخابه فيه، حيث توجد المنافسة بين عدة أشخاص مرشعين لتسلم الرئاسة عن طريق الانتخاب، فيختار من هو أصلح من بينهم.

بينما السلطة في النظام الملكي مستمدة من الوراثة وبنتقل العرش إلى الأقرب فالأقرب، دون معارض أو منافس، وبغض النظر عن أهليته.

ثانيا- إن رئيس الدولة في النظام الجمهوري ينتخب لمدة عددة بالدستور لمرة واحدة أو مرتين كحد أعلى. (٢) وهذا من مستلزمات النظام الديمقراطي، لأن تحديد مدة الرئاسة تُمكّن الشعب من مراجعة تصرف الرئيس، فهذا يجعله حريصاً على أن تكون تصرفاته سليمة. (٦) وإذا انتهت مدة حكمه في الانتخاب الأول وظهر صلاحيته عن طريق ما أنجزه خلال فترة حكمه، فإنه قد يُنتخب للمرة الثانية، إذا سمح الدستور بذلك، لإكمال ما بدأ به في المرة الأولى، وقد تُمدّ عن طريق البلان إلى المرة الثالثة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وهذه الميزة مفقودة في النظام الملكي ألذي أساسه الوراثة.

١ الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية- أسس النظام السياسي، ص١٨٨٠.

لا باستثناء بعض الأنظمة الجمهورية الدكتاتورية في العالم العربي، التي هي جمهوريات صورياً وتحولت إلى
 الانظمة الملكية الدكتاتورية من الناحية العملية. مثل العراق وليبيا ومصر وتونس سابقاً.

الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: المرجع السابق، ص١٨٨٠.

قالثا- في النظام الجمهوري يستطيع الشعب مباشرة أو عن طريق عثليه، أن يطلب من الرئيس الاستقالة، كما حدث ذلك في أمريكا في عهد (كلنتون)، أو هو يستقيل كما حدث بالنسبة لجمال عبدالناصر، بعد تضعية للبش المصري في حرب حزيران ١٩٦٦ مع اسرائيل.

بينما هذا غير بمكن في النظام الملكي، لأن الشعب لم ينتخبه حتى يطلب استقالته، حيث أن سلطته الملكية مستعدة من الوراثة، والوراثة ليست عبل الطعبن والانتقباد، وغير قابلة لسجوبيا منه عن لم يكن مصدراً لها.

وابعا- إذا كان الرئيس في النظام الجمهوري البرلمائي غير مسؤول كالملك، فإن مبدأ عدم مسؤوليته محصور في أضيئ الحدود ولا يتعدى على كسل حال المسؤولية السياسية، بشرط أن لا يتبخطى حدود الدستورية.(١)

خاصصاً يُساعد النظام الجمهوري الدول النامية التي قطعت شوطاً كبيراً في الديمقراطية على استكمال باقي مظاهرها(٢)، وذلك بسبب تعدد الخيات والمذهلات والكفاءات المختلفة الآتية من تعدد الرؤساء الذين بأتي كل واصد مسنهم تلو الآخر في تسلم منصب الرئاسة عن طريق الانتخاب، فاللاحق يُكمل ما بدأ به السابق ويسد نقصاً كان موجودا في حكم سلفه.

وحذه الميزة قلما تتحقق في النظام الملكس المبني على الوراشة، لا على المسلاح والكفاءة والخوة والأحلية.

سليسا يتولى وؤساء الجمهوديات مناصيهم بالانتجاب الحرء على أسلس المساواة التامسة يبن للواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط بمنصب رئيس الجمهودية لمدة عددة دستورياً، وتختلف الحدساتير في طريقة انتخاب رئيس الجمهودية، وترجع هذه الطرق إلى الشلاث الاتحدة:

ا- الانتخاب عن طريق البيللن (١٠)

لا الدكتور سليمان الطماوي: ميادئ القانون البستوري- نشر دار الفكر العربي، مود ٧٠٠.

للرجع السابق صر١٩٨.

نصبت بعض النسائد على انتخاب رئيس الجمهودية عن طريق الدلمان، سواء كان مكوناً من علس واحد أو علميه، ومن هذه النسائد دستور الجمهودية الثالثة الغرنسي الصادر عبام ١٨٧٥ والجمهودية الرابعية عبام ١٨٤٠ والبستور السودي عام ١٨٥٠.

ينظره التدكتمير نعمان أشحد الحطيب مرسه الد

ب- الانتخاب عن طريق الشعب.^(۱) ج- اشتراك العِلمان والشعب مماً في هذا الانتخاب.^(۱)

سابعا- في النظام الجمهوري لا يقتصر الثبدل على شخص الرئيس بعد انتهاء صدة الأول وانتخاب الثاني، بل يشمل هذا التبعل أكثر المسؤولين الذين كانوا مرشعين ومعيمين من الرئيس السابق في المناصب الحساسة، وبعدلك يتنساوب أصمحاب الكضاءات في تطوير البلاد في كافة المجالات، كل في حقل اختصاصه.

بينما في النظام الملكي توزع المناصب الحساسة الخطيرة على أقبارب الملبك خالبماً، أو على من هو أكثر ولاءاً للمرش، بقضّ النظر عن مؤهلاته.

قامناً- في النظام الجمهوري، الشعب هو مصدر السلطة وهي من مطاهر سيادة الشعب، بينما في النظام الملكي تكون هذه السيادة للملك، لذا قيل قديماً وحديثاً أن الشعوب تصنع الملوك وتمنحهم السلطات، بينما يجب أن تكون في المجتمعات الفسميية مسلطة تكون عملة لكي تصع قراراتها، وهذه السلطة إنما تكون من الشعب.(٢)

تأسما- صمانات تطبيس الدستور والرقابة الدستورية تتسوافر في النظمام الجمهسوري بسهولة، إما عن طريق المحكمة الدستورية العلياء أو عن طريق الرقابة السياسية أو غيرهما.

ولكن مجال هذه الضمانات قليل في النظمام الملكسي، بسبب أن هذه الضمانات قده تتمارض مع صلاحيات الملك وصيانته الوراثية التي يتمتع بها، وعلس سبيل المثمل نصت المادة (٨١) (١٠) من القانون الأساسي العراقي على إنشاء عكمة عليما يشمعل

وقد نصت بعض الدساتير على انتخاب رئيس الجمهورية يواسطة الشعب، سواء تم هذا الانتخاب على درجنة أو درجتين (أي انتخاب مباشر أو غيير سباشر)، كسا في السحتور القرنسيي لعام ١٩٥٩ والجزائيزي لعام ١٩٧٦ والموريتاني لعام ١٩٧١، المرجع السابق

اتبهت بعض الدساتير إلى جعل انتخاب رئيس الجمهورية بيد البرلمان والشعب معاً، وذلك تبنياً لما تعرف أمه من الانتقادات، كل من أسلوب الشعب منفرداً أو أسلوب البرلمان منفردا، ومن هنده الفساتير فستوز جهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ المعدل ودستور الجمهورية السورية ١٩٧٧.

المرجع السابق/ ص٠٤٠. الدكتور الطباوي، المرجع السابق، ض٤٥٩ وما يليها. التذكتور متحد عصفر: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري، ص١٣٥.

[&]quot; ينظر الدكتور منذر الشاري: نطرية السيادة، ص٩٧.

الدكتور ابراهيم عبدالعزيز: هبادئ الأنظمة السياسية للدول، الحكومات، ص١٤١-١٤١.

أ عدلت هذه المادة بالمادة (٣٥) من قانون التعديل الثاني رقم (٦٩) لسنة ١٩٤٣.

اختصاصها مراقبة دستورية للقوانين، ولكن بقتضى هذه المادة والمادة (٨٣) لا تجتمع هذه المحكمة إلا بإرادة ملكية تصدر بموافقة عِلس الوزراء، ومعنى هذا أن إعسال هذه النصوص الدستورية هو أيضاً رهن إرادة الملك.

عاشراً- في النظام الجمهوري، تتناوب كافة الشرائع في تسلم منصب الرئاسة في ضوء المزهلات والخبرات، بغض النظر عن عرق المنتخب ودينه واتجاهه الطائفي أو المذهبيي أو الحزبي، وبذلك تُساهم كل شريحة في تطوير بلده، ولا يوجد هناك شعور بالتفاوت المبني على أساس عرقي أو ديني أو مذهبي أو حزبي، وبذلك تسود في البلد ظاهرة الديمقراطية وتتوافر السعادة لجميع أبناء الشعب.

بينما النظام الملكي يبقى عصوراً على الشريحة التي ينتمي إليها الملك.

لكن إن هذه المزايا لم تتحقق لحد الآن في أكثرية الدول العربية المتى تبنَّت النظام الجمهوري شكلاً لا حقيقةً، حيث لا نجد في الوقت الحاضر فرقاً جوهريماً بين النظام الملكى والنظام الجمهوري من حيث الثبات والاستمرار وتتبع حيل دستورية لإبقاء الرئاسة في نفس الشخص أو في أحد من أسرتد.

الخاتمة

يتبين من استعراض أهم سلبيات وعيدوب النظام الملكي ومزايا وإيجابيات النظام المجمهوري، أن مرجعات ومبرات ترجيح الجمهوري على الملكية واضحة، بحيث إذا كانت كل نقطة من النقط المذكورة في الحقلين الملكي والجمهوري قابلة للنقد والاعتراض، فإنها بمجموعها تشكل حجة مقنعة على أولوية وأفضلية النظام الجمهوري.

ويرى انصار النظام الملكي أن في هذا النظام استبعاداً للنزعات الخزيية والاضطرابات السياسية، وأن الملك يكون حكماً دائساً في حل المشاكل الخلافية الداخلية، وأن الموارثين للعرش يُربون تربية خاصة تؤهلهم لتولي مهام الحكم، وغير ذلسك من المبررات النظرية المعضة.

وتُرد هذه الرؤيا لأنصار النظام الملكي بأنها من نسيج الخيال، ولا يؤديها الواقع العملي للأنظمة الملكية في الماضي والحاضر.(١١)

ربِّ زدني علماً والحقني بالصالحين

لينظر الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق، ص٣٤٩-٣٥

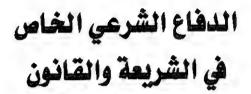
الدكتور محسن خليل: المرجع السابق/ ص١٢١-١٢٢.

الدكتور محمد كامل ليلة: النظم السياسة، ط١٩٦٧، ص٢٠٣ وما يليها.

الدكتور سليمان الطماوي: مبادئ القانون الدستوري، ص١٩٦ وما يليها.

الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية- أسس التنظيم السياسي، ص١٨٨ وما يليها.









الدفاع الشرعي الخاص(١)

ينقسم الدفاع الشرعي إلى الخاص والعام:

الدفاع الشرعي الحاص هو ان يكون الحق المعتدى عليه حقا خاصا كالاعتبداء على
 نفس الشخص أو عرضه أو ماله سواء كان ذلك بالنسبة للمدافع أو غيره فعلى الانسان ان
 يدافع عن نفس الغير وماله وعرضه كما يدافع عن نفسه وعرضه ومائه.

٧- الدفاع الشرعي العام هو ان تكون المصلحة المعتدى عليها عامة وهذا الدفاع الشرعي بالنسبة لدفع الخطر الداخلي يسمى الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما قال القران (وَلْتَكُنْ مِنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَامُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنْ المُنكر. كما المُنكر) (١٠). واما بالنسبة لدفع الخطر الحارجي فيسمى جهادا في سبيل الله أي في سبيل المصلحة العامة. ومن الايات القرآنية الآمرة بالجهاد (الدفاع الشرعي العام) قولم تعالى (وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللهِ) (١) أي في سبيل المصلحة العامة المصرورية وهي مصلحة حماية الدين، وجماية الحين، وجماية العرض، وجماية المال.

وعقتضى الايات القرانية الامرة بالدفاع الشرعي العام يجب على كافة المسلمين بوجه اعم والدول العربية بوجه عام والعراقيين بوجه خاص الوقوف بالدعم المادي والمعنوي ضد خطر الارهاب على الشعب العراقي في الوقت الحاضر، وقد اقر القران الكريم في ايات متعددة حق حرية الدفاع الشرعي بقسميه العام والحاص بل اعتبر هذا الدفاع واجبا والترام

⁽١) مستل من مؤلفنا: أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون، لأهميته في الحياة العملية بوجمه خاص بالنسبة للقضاة ومن يارس مهنة الحاماة.

⁽۲) سورة ال عمران/۱۰٤.

⁽٢) سورة التوية/٤١.

على من يتمكن من القيام به فقال سبحانه وتعالى (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ).^(١)

وقد استعمل القرآن الكريم الدفاع الشرعي ومشتقاته في ايات كثيرة منها: قوله تعالى: (ادْفَعْ بِالنّبِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّنَةَ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِغُونَ) (٢) أي ادفع بالخصلة الحسنة من الصفح والأعراض عنهم السيئة أي اذاهم اياك، وقوله تعالى: (ادْفَعْ بِالنّبِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا النّبِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَانَّهُ وَلِيَّ حَمِيمٌ) (١)، وقوله تعالى: (إنَّ اللَّهُ يُدَافِعُ عَنْ النَّذِينَ آمَنُوا النّبي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَانَّهُ وَلِيُّ حَمِيمٌ) ، وقوله تعالى: (وَلَوْلاَ دَفْعُ اللّهِ النّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضِ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبُّ كُلُّ حَوَّانِ كَفُورٍ) (١)، قوله تعالى: (وَلَوْلاَ دَفْعُ اللّهِ النّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضِ لَغَسَدَتُ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ) (١) أي لولا أن الله يدفع الناس وهم أهل الشر والمعاصي ببعض الناس وهم من أهل الخير والطاعة والإيمان لفسدت الأرض، و(الـولا) حرف أمتناع لوجود فالمعنى أمتنع فساد الارض لوجود دفع الناس بعضهم ببعض.

وقوله تعالى: (الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ خَلَا إِلاَّ أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلاَ دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ (١) وَبِيَعٌ (١) وَصَلَوَاتٌ (١) وَمَسَاجِدُ (١) يُذْكُرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيْنَصُرُنَّ اللَّهُ مَنْ يَنصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ (١٠)، الفرق بين الدفع والرفع ان السدفع رد الشيء قبل وقوعه والرفع هو ازالة الشيء بعد وقوعه.

ولفظ (الشرعي) من قبيل نسبة الشيء إلى مصدر حكمه لأن شرع الله هو الذي اعطى حكم الوجوب أو الاباحة لاستعمال القوة المناسبة بغية عدم وقوع الشر المتوقع.

⁽١) سورة البقرة/١٩٤.

⁽٢) سورة المؤمنون ـ الاية:٩٦.

⁽٣) سورة فصلت ـ الاية: ٣٤.

^{(&}lt;sup>4)</sup> سورة الحج ـ الاية:٣٨.

⁽٥) سورة البقرة .. الاية: ١ ٢٥

⁽١) جمع صومعة وهي الحل المرتفع البناء في الاماكن الخالية ومكان العبادة للرهبان وقيل للصابئين.

^(۲) كنائس للنصارى.

⁽A) كنائس لليهود سميت بذلك لانه يصلى فيها.

^{(&}lt;sup>4)</sup>للمسلمين.

⁽١٠) سورة الحج ـ الاية: ٤٠.

والدفاع الشرعي باعتباره التركيبي هو الوقوف ضد خطر حال مشروع بوسيلة مناسبة في حالة عدم وجود من يستغيث به المعرض للخطر من سلطة عامة أو غيرها لان الدفاع في هذه الحالة غريزة طبيعية لكل كائن حى سواء كان انسانا أو حيوانا.

وقد ظل حق الدفاع حقا خاصا عارسه الغرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيه الوقيسة الله تشوء الدولة ثم احتكرت الدولة حق الدفاع عن الخاضعين لسلطانها لنفسها باعتباره مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فاصبح الدفاع عن كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة ولكن للفرد عارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها وقت التعرض للخطر.

وللدفاع الشرعي الخاص عناصر (أركان وشروط) يجب توافرها حتى يعتد به بصفته سببا من أسباب الاباحة، كما له مصادر لمشروعيته وذو طبيعة خاصة في حكمه وتطوره واسمه واثاره لذا توزع دراسته على ثلاثة مباحث يخصص الأول لعناصره، والشاني لمصادره وتكييفه وتطوره والثالث لأسمه وآثاره.

المبحث الأول عناصر الدفاع الشرعى

الدفاع الشرعي عبارة عن الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقا من الحقوق التي يحميها الشرع (أو القانون).

ويعد سببا من اسباب اباحة الاعمال الجرمية إذا توافرت عناصره وعناصر كل شيء هي ما يتوقف عليها هذا الشيء فاذا كانت من اجزائه تسمى اركانا والا فتسمى شروطا. وشرط الشيء موجود قبل وجوده ، وركنه موجود حين وجوده.

اركان الدفاع الشرعى:

يؤخذ من تعريف الدفاع الشرعى ان اركانه الرئيسة ثلاثة وهي:

الخطر، وحق يتعرض للخطر، ورد مناسب للخطر. ولكل ركن من هذه الاركان شروط شرعية وقانونية يجب توافرها حتى يعد من اسباب الاباحة.

شروط الركن الأول (الغطر):

يشترط فيه شروط أهمها ما يأتى:

الشرط الأول: أن يكون مصدر الخطر عملا غير مشروع في حد ذات والعبرة في عدم مشروعيته بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل أي ان الخطس غيع المشروع يبرر الدفاع بغض النظر عن أهلية مصدر الخطر وصنفه ونوعه وجنسه وأهليته الجنائية، وقد اجمع فقهاء الشريعة والقانون على جواز الدفاء ضد الخطر غير المشروع سواء أكان مصدره انسانا ام حيوانا وسواء كان الانسان ذكرا أو انشى صغيرا أو كبيرا مسلما أو غير مسلم قريبا أو بعيدا بالغا عباقلا أو عبديم الاهلية (كالصغير غير الميز والمجنون ومن في حكمهما).

غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في مساءلة المدافع مدنيا في حالة عدم أهلية مصدر الخطر.

فقال جمهورهم: المدافع لا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا فلا يعاقب ولا يطالب بالتعويض والدية لان العبرة بوجود خطر غير مشروع يهدد حقا مشروعا عميا (معصوما).

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان المدني إذا كان مصدر الخطر عنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان المدني إذا كان دفع الخطر بقتيل عنونا أو صبيا غير عيز أو من في حكمهما أو حيوانا إذا كان دفع الخطر بقتيل مصدره لان فعل من لا يكون اهلا للمسؤولية الجنائية لا يوصف بانم جرعة لعدم توافر الارادة المعتبرة في تحقق الجرعة وبناء علمى ذلك تجب الدية علمى المدافع إذا قتل المعتدى المجنون أو الصبي غير المبيز وتجب قيمة الحيوان المعتدي لصاحبه إذا قتله دفاعا عن النفس.

وفرق أبو يوسف (رحمه الله) بين الحيوان والانسان عديم الاهليسة فقسال بطسمان قيمة الحيوان إذا قتله المدافع دون ضمان عديم الاهلية (١١)

والذي ارجحه هو رأي جمهور فقها، الشريعة لان الاعتداء في حد ذات جرعة بغض النظر عن مصدره ولا يفقد الصفة الجرمية بعدم أهلية المعتدى.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا: ويعتبر حالا في احدى الحالتين التاليتين:

احداهما: ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد ولكن يكون وقوعه متوقعا في الظن الغالب للمدافع بأن كان هناك دلائل معقولة وقرائن موضوعية تسدل على ان المعتدي سينفذ عدوانه وغلب على ظنه انه إذا لم يتدارك هذا الخطر وقع عليه. المحالة الثانية: هي ان يقع بالفعل وظل مستمرا ولم ينته بعد وفي هذه الحالة يكون للدفاع دور وقائي لايقاف استمرار الخطر كأن يرميه المعتدي (الصائل) بطلقة نارية ولم تصبه فيحاول رميه بطلقة ثانية أو يدخل السارق وهو ينوي الاعتداء على حياته أو ماله أو عرضه ففي هذه الحالة لصاحب الدار أو من هو حاضر فيها ان يلجأ إلى دفع الخطر بوسيلة يتوقف عليها الدفم (۱).

⁽١) ينظر: تكملة البحر الرائق: ٣٤٨/٨. ورد الحتار لابن عابدين (عمد امين) ٤٨٢/٥.

⁽٢) ينظر في المراجع الفقهية: القرافي/ المرجع السابق:١١٨٤/١: ٢٣٧/٤ الأنبوار للعلامية يوسف الأردبيلي الشافعي: ٣٤٣/٢.

الشرط الثالث: ان تكون ارادة المعتدى (الصائل) جدية للعدوان مع امكان وقوع الخطر على الظن الغالب للمدافع بناء على اسباب معقولة وليس له الدفاع إذا وجد المقابل هازلا مازحا أو كان جديا ولكن لايمكن وقوعه لوجود ما يحول دونه بـأن يقصده من وراء حائط أو حائل أو نهر، أو حصن، أو نحو ذلك.

الشوط الرابع: أن يكون الخطر حقيقيا: بأن كأن قائما في الواقع ونفس الأمسر في ذهسن المدافع على الأقل بان يغلب ظنه على انه امام خطر جدي وشيك الوقوع سواء كان ظنه مطابقا للواقع أولا على ان يكون هناك اسباب معقولة تعزز هذا الظن الغالب البيّن خطؤه وهو يرفع المسؤولية الجزائية دون المدنيسة استنادا إلى قوله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُويُكُمْ)(١) وقال الرسول ﷺ: (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (٢) أي رفعت المؤاخذة والمساءلة الجزائية في حالات ارتكاب الجرائم تحست تساثير الخطأ أو النسبان أو الإكراه.

مميار الخطر الحقيقي:

من الراضع ان المعيار في الأصل شخصي (ذاتي) اضافة إلى المعايير المادية (الموضوعية) كالقرائن ووجه كونه شخصيا هر ان المدافع يغلب على ظنه ان هناك خطرا يحس مصلحة مشروعة يحميها الشرع (أو القانون) فلا يكفي الوهم الذي هو الطرف المرجوح للظن السذي هو الطرف الراجع ومن باب أولى انه لا يكفي الشك الذي هو التردد بين الوجود والعدم على حد سواء دون ترجيح كفة احدهما على الآخر.

لذلك لا يشترط اليقين الذي هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع لانه قمة الادراك فاشتراطه قد يضحى بحق الدفاع الشرعي لكن يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار سن المدانع رجنسه ودرجة ادراكه وقوة اعصابه كما عليه ان لا يهمل اعتبار الظروف الموضوعية للواقع ليلا أو نهارا داخل المدينة أو خارجها.

^{(&#}x27;) (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَتَّسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي السَّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنَ مَّا تَعَمَّدُتْ قُلُويُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رُحِيماً) الأحزاب:٥

سنن ابن ماجه ، ج١٠ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، و سنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، ص٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ، موارد الظمآن ، ج١ ، ص٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

الشوط الخامس: عدم مشروعية الخطر: يشترط في الخطر الذي يبرر الدفاع ان لا يكون هذا الخطر مشروعا دبناء على ذلك لا يحق لمن صدر عليه الحكم بعقوبة ان يقف ضد تنفيذها بحجة تعرضه لخطر الاعدام أو سلب حريته أو نحو ذلك لان تنفيذ الحكم مشروع يجب الخضوع له.

وكذلك ليس للجندي الذي يؤمر بان يتقدم للخط الامامي في المعركة للوقوف ضد اعتداء المعتدي الامتناع وعصيان الامر لان هذا التقدم واجب عليه فلا يحق له ان يحتج بان يتعرض لخطر القتل أو الاسر أو نحو ذلك وليس للشرطي المأمور باقتحام مكان اختفى فيه الهارب من العدالة ان يمتنع عن هذا الاقتحام بجبة تعرضه للخطر لان هذا العمل واجب عليه بحكم وظيفته.

الشرط السادس: أن لا يزول الخطر(١) قبل البدء بالدفاع.

ويعتبر الخطر زائلا في احدى الحالات الآتية:

أ _ مقارمته من المدافع بفعل مشروع إذا قام بعمل مشروع ادى إلى شلل الاعتداء فليس له ان يستمر بل عليه ان يكتفي بهذا القدر لان الخطر قد زال.

ب _ تراجع المعتدى بعد تصميمه على ارتكاب العدوان وذلك بدافع ارادي كسا
 في جريمة الشروع إذا كف نفسه عن العمل بارادته واختياره.

ت _ هرب المعتدي قبل تنفيذ جرعته فلا يجوز للمدافع ان يتبعه بدافع المدفاع ولا باس إذا كان لغرض القاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة.

ث ـ عجز المعتدي عن تنفيذ اعتدائه لاسباب خارجة عن ارادته.

ج _ تمكن المعتدى عليه من الهروب لاجل الخلاص مسن شسر المعتسدي بسدلا مسن اللجوء إلى استخدام وسيلة الدفاع.

وجدير بالذكر ان المدافع في حالة الدفاع الشرعي لا يكلف لا شرعا ولا قانونا بالهروب لانه مشين يدل على الجبن لكن إذا كان المعتدي ذا صلة قريبة به كان يكون أبا أو أما أو أخا أو أختا أو أحد الزوجين يفضل الهروب على الدفاع لانه في هذه الحالة عمل عبد لاستبعاد المضاعفات السلبية والندم في وقت لا يفيد الندم.

⁽¹⁾ لا يجوز الدفاع إذا كان خطر الاعتداء قد انقضى فاذا نفذ الجريمة وانهزم لا يجوز متابعته الا لالقاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة وكذا السارق مثلا إذا القى المسروقات وعمد إلى الفرار فعلا عمل للدفاع خوفا من وقوعه فلا مبرر للاباحة. ينظر القللي المرجع السابق ص٣٢٠.

الشرط السابع: أن لايكون الاعتداء ناشنا عن تقصير المعتدى عليه:

كاستغزازه للمعتدي أو بدئه للعدوان أو أي سبب آخر يصدر من المعتدى عليه ويدفع المعتدي إلى اعتدائه.

وبناء على ذلك لا تعتبر مقارمة الزوجة الزانية وشريكها ضد النزوج الناوي قتلهما أو قتل أحدهما (١١) دفاعا شرعيا.

الشرط الثامن: أن يكون الاعتداء جرعة:

وهذا الشرط مختلف فيه ومن الواضح ان اعتداء الحيوان على الانسان لا يوصف بانه جريمة بخلاف اعتداء المجنون ومن في حكمه.

والمنطق القانوني يقتضي عدم الأخذ بهذا الشرط لان الحكمة من الدفاع الشرعي دفع خطر يهدد مصلحة أو (حقا) يحميه القانون وهذا الحكمة متوفرة في حالة كون المعتدي حيوانا.

شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء) ويشترط فيه:

ان يكون من الحقوق المحمية شرعا وقانونا كالدين والحياة والعرض والمال ونحو ذلك عما يقره القانون ويحميه.

وبناء على ذلك ليس للصيدلاني مقاومة اتلاف ادويته إذا كانت فاسدة أو أصبحت غير صالحة للاستعمال وليس للتاجر الدفاع عن اتلاف أو مصادرة المواد الغذائية غير الصالحة.

ولا للمحتكر أن يدافع عن أمواله المحتكرة إذا عرضتها السلطة العامة للبيع بسعر السوق وليس للمهرب أن يدافع عن الاموال المهربة بطريقة غير مشروعة إذا أرادت السلطة العامة مصادرتها وغير ذلك من الحقوق التي لا يقرها الشرع أو القانون وبالتالي لا يحميها.

شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):

لا يشترط في هذا الركن ان يكون المدافع صاحب المصلحة المحمية في الشرع أو القانون والمعرضة لخطر الاعتداء بل الدفاع مباح وقد يكون واجبا عن مصلحته ومصلحة غيره رغم

⁽۱) المرجع السابق ص٣١٩.

عدم وجود أية علاقة مع هذا الغير بقرابة أو زواج أو زمالة أو صداقة أو نحو ذلك فعلى كل انسان متمكن ان يدافع عن حق الغير إذا تعرض للخطر.

ولا يعتد برضاء المعتدى عليه بالاعتداء إذا كان هذا الرضا خالفا للنظام العمام والآداب فاذا مكنت امرأة متزوجة أو غير متزوجة نفسها لشخص يعاشرها جنسيا فعلمى كمل مسن يعلم ذلك ان يقوم بعمل الدفاع ضد وقوع تلك الفاحشة لانهما اعتمداء علمى قيم واخملاق المجتمع.

وكذلك لا يعتد برضاء المريض إذا اعطى الاذن للطبيب بأن ينهي حياته تخلصا من مرضه وآلامه الذي لا يرجى شفاؤه لان هذا الاذن بمثابة الانتحار وهو عسرم باتفاق الشرائع والقوانين ومن اهم شروط دفع الاعتداء ما يأتى:

 ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما وجدير بالذكر انه لا يوجد معيار موضوعي للتمييز بين ما هو لازم وغير لازم بل هذا الموضوع متروك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إذا حصل فيه الخلاف وبالتالي لا يخضع لرقابة سلطة قضائة علما.

ومعيار القوة اللازمة شخصي لذا تختلف باختلاف حجم الاعتداء وشخص المعتدى والمعتدى عليه من كونه ذكرا أو انثى صغيا أو كبيرا اضافة إلى ذلك فان حجم هذه القوة يتأثر بتأثير ظروف الاعتداء فظرف الليل يختلف عن النهار وظرف العمران يختلف عن خارجه وهكذا ... والمهم ان يكون تقدير المدافع مبنيا على أسباب معقولة مقبولة.

٧- ان تكون القرة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفع الخطر وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة بأن يكون لدى المدافع وقت كاف للاستعانة بها.

وكما ذكرنا في بعض الحالات من المفضل اللجوء إلى الهرب بدلا من استخدام القوة وبوجه خاص إذا كان المهاجم حيوانا أو انسانا عديم التمييز كالمجنون أو أحد الأقارب أو أحد الزوجين.

٣- ان تكون الوسيلة المستعملة في الدفاع الشرعي مناسبة لخطورة الاعتداء وفي
 الفقه الشافعي لا يشترط تماثل الوسيلة إذا توقف الدفع على وسيلة دفاعية وحيدة

مشاحة تنكون أخطر من وسيلة الاعتداء فقالوا: لو كان المسائل ينسدفع بالسوط أو العصا والموصول عليه لا يجد الا السيف فالصحيح ان له الضرب بــ لانــه لا يمكنــه المنافع الا يد(١).

وفي الله الاصامهية؛ للإنسان أن يدفع عن نفسه وحريمه وصاله ما استطاع ربيب اعتساد الأسهل، والتجاوز يتحقق إذا استعمل القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير لمقاوسة الاحتداء ولكن لا يلزم المدافع بهذا القدر اليسير الا إذا استطاع به مقاوسة الاعتداء (٢) وهذا الكلام في معناه لا يغتلف مع الشافعية.

وفي الفقة الوفيليَّة بيب في المرافقة تقديم الأخف فسالاخف فسأن عسدل إلى الأشـــد وهـــو يندفع بالأنف منسن(٣).

وقد نص القرآن الكريم على المماثلة بين خطر الاعتداء وخطر دفيع هنذا الاعتبداء فقيال سبحانه وتعالى: (فمن اعتدى عليكم فاحتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ، واكد التقيد بهذه المثلية بقوله: (واتقوا الله) أي عليكم خوف عقاب الله في حالمة التجمارز عمن الحمدود المطلوبة لدفع الخطر ثم جاء بتأكيد ثان في نفس الاية بقوله (أن الله مسع المستقين) لي السذين يخافون من الله ولا يتجارزون حدوده ونصت م 20 من قانون العقربات العراقي القيائم على أنه لا يبييع حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد عما يستلزمه هذا الدفاع.

تَعاورُ حَلُودُ الْدَفَّاعُ الشَّرِعِي:

كما ذكرنا انفا أن التناسب بين الاعتداء والدفاع شرط اساس لمشروعية الدفاع الشسوعي ويكون الرد غير مشاسب إذا زاد حن القنر الملازم لدفع الاعتداء (1)

⁽١)مغنى الحتام للخطيب الشربيني:١٩٦/٤.

⁽٢) شرائع الإسلام للحلي:١٨٩/٤.

⁽٣) اليحر الزخار للاصام احمد بن يمي:٥/٢٦٩.

⁽٤) من القرارات المتمييزية لمحكمة التمييز القرار رقم ٣١١ جنايـات ٩٧١ في ١٩٧١/٣/١ (لن قـرار تجريـم لملتهم وخق ملا ٤٠ من يخانون المعقوبات سوافق للقانون لمذًا قرر تصديقه. وعا كن الواضع من جرمان التحقيقين والمحاكمة أن الحادث واقع عن قباوز الدفاع لذا كان على الحكمة الكبرى أن تراعى هذه الجهة وتصدر قرارها بِالْمُعْرِيةُ خِدْلَالُةً مِ 6 مَن نَفْسِ القانون نقلًا عن الحامي عسن ناجي الاحكام العامة ص٢٦١.

التجاوز في حدود الدفاع الشرعي يفترض توفر كل شروط الدفاع ما عبدا شرط فقيدان التناسب إثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث المسؤولية الجزائيسة ولتحديد مسؤولية التجاوز يجب التمييز بين الحالات الثلاث الاتية:

الدفاع الشرعي عمدا بأن يقصد استعمال قوة تزيد على الحد السلاؤم
 لدر، خطر الاعتداء مع استطاعة دفعه بأقل كأن يكون بامكانه الدفع بغير القتل
 الذي ارتكبه المدافع ومن الواضح أن الجرعة في هذه الحالة تكون عمدية.

٧- التجاوز اهمالا: ويعتبر اهمالا إذا لم يستطع المدافع تعديد جسامة الخطر الذي يهدده اهمالا منه فاستعمل قرة تزيد على ما يقتضي دفعه كما لر كان الاعتداء واقعا بعصا أر الة اخرى غير جارحة جراحا بالغة ورغم ذلك لم يحدد جسامة خطر الاعتداء فاستعمل الرسيلة الميتة، ويعتبر المدافع في هذه الحالة مرتكبا جرعة غير عمدية.

٣- تجاوز حدود الدفاع الشرعي خطأ كأن اعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وهو خاطيء في هذا الاعتقاد، وكما لو ظن ان هنالك خطرا يهدد، بالقتل فسارع إلى قتل مصدر هذا الخطر المظنون ظنا خاطنا غير مبنى على اسباب معقولة..

وجدير بالذكر أن الطن الخاطى، يعتد به إذا كان مبنيا على أسباب معقولة .

اثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث العقوبة:

المدافع يسأل مسزولية جزائية عن جرعة عمدية في الحالة الارلى وعن جرعة غير عمديسة في الحالتين الثانية والثالثة المذكورتين غير ان القانون في الحالات الشلاث اعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية فاجاز له الحكم بالعقوبة المقررة إذا كان التجاوز كبيا كما اجاز لمه تخفيف العقوبة بأن يعاقب بعقوبة جنحة إذا كان الفعل جناية، وبعقوبة تخالفة إذا كان جنحة "(۱) وعذر التخفيف عذر قانوني اقرته (م٤٥) وخولت المحكمة ان تستبدل عقوبة اخف بالعقوبة المقررة.

⁽۱) الجناية جرية معاقب عليها باحدى العقوبات الثلاث التالية الاعدام، والسبعن المؤبد، والسبعن اكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة (۲۵) الجنحة :جرية معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس الشديد والبسيط اكثر من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات (۲۲). المخالفة جرية معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس البسيط (۲٤) ساعة إلى ثلاثة اشهر وبغرامة لا يزيد مقدارها عن ثلاثين دينارا (۲۷).

والتخفيف ليس امرا ملزما للمحكمة(١١) كما انه ظرف قضائي وفق (١٣٤) عقوبات لان التجاوز في ظرف حالة الدفاع، وظرف الدفاع، ذو طبيعة ازدواجيسة فهسو عسنر قسانوني عُفف كما نصت عليه (م٤٥)، وظرف قضائي عُفف لان تخفيف العقوبة بالحدود التي حددها نص (م٤٥) أمر جوازي للمحكمة ان تحكم به أو لا تحكم به مراعية في ذلك ظروف كل حالـة

الرقابة القضائية على ترافر حالة الدفاع الشرعى وتجاوز حدوده:

لا تملك عكمة التمييز الرقابة على استخلاص الوقائع والظروف الستي يستنتج منها وجود حالة الدفاع الشرعي لانه امسر يتعلىق بالوقسائع ويسدخل في سسلطة قاضسي الموضسوع التقديرية، ولا على ما يستنتجه قاضي الموضوع من الطبروف والوقائع فيما يعده تجاوز الحدود الدفاع الشرعى فعلى عكمة الموضوع ان تسبين في حكمها الطبروف والوقائع الستي استنتج منها وجود الدفاع الشرعى وتجاوز المدافع عن حدوده ليتسنى لمحكمة التميين ان تراقب إذا كانت تلك الاركان والشروط متوافرة اولا(٢٠).

^(١) كما هو الشأن في الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في (١٣٢٨) عقوبات.

^{(&}lt;sup>۲)</sup> الاستاذ عسن ناجي المرجع السابق، ص٢٦٤.

المبحث الثاني مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره

أولاً مصادر النفاع الشرعي:

في الشريعة الإسلامية مصادر مشروعية الدفاع الشرعي: القران، والسنة النبوية، والعقل السليم:

١. القران الكريم:

وردت فيه ايات كثيرة تدل دلالة واضعة صريحة على مشروعية الدفاع الشرعي وبالتالي على كونه من أسباب الإباحة ومن تلك الايات قوله تعالى: (فمن اعتدى علىكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله ان الله مع المتقين) (١١).

قوله تعالى: (فاعتدوا) أمر وكل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك والمراد بالاعتداء هنا الدفاع الشرعي سمى به رعاية للجناس من الناحية البلاغية لأن عمل الصائل يسمى اعتداء ورده سمي به ايضا للرعاية المذكورة نظير قوله تعالى: (جزاء سيئة سيئة مثلها) (٢) وقوله تعالى: (واتقوا الله) أمر بالتقيد بالمثلية وعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي أي خافوا من الله ومن عقابه على كل تجاوز عن القدر اللازم لرد الاعتداء واكد مرة اخرى ذلك بقوله: (ان الله مع المتقين) أي مع الذين يتقون ويخافون من ربهم ويلتزمون بالقدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء.

⁽١) سورة البقرة - الاية:١٩٤.

^{(&}lt;sup>۲)</sup> سورة الشوري ـ الاية: ٤٠.

٢- السنة النبوية:

أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ما جاء في القران الكريم فيما يتعلق برد العدوان والتقيد بحدوده في احاديث كثيرة منها:

قوله: (من قتل دون ماله فهر شهيد، ومن قتل دون دينه فهـ شهيد، ومـن قتـل دون دمه فهر شهید، ومن قتل دون اهله فهر شهید)(۱).

وقوله: (من قتل دون مظلمة فهو شهيد)(٢)، وقوله (من شهر سيفه شم وضعه فدمه هدر)(٢) أي وضعه في موضع يريد به القتل وضرب الناس بغير حق.

وقوله: (انصر أخاك ظالمًا أو مظلوما قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلومها فكيف ننصره ظالماً؟ قال تأخذ فوق يده (١) أي تمنعه من الظلم وقد جاء رجل إلى السنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (يا رسول الله أرأيت(١٠) ان جاء رجل يريسد اخمذ مسالي، قسال: فسلا تعطمه مالك، قال: أرأيت ان قاتلني؟، قال: اقتله، قال: أرأيت أن قتلني؟ قال: فأنبت شهيد قال أرأيت أن قتلته؟ قال هو في النار)(١٦)

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة على مشروعية الدفاع الشرعي استنادا إلى القران الكريم والسنة النبوية والإجماع في هذه الحالة ليس مصدرا وانما هو تأكيد لما في القران والسنة النبوية فلا ينطبق عليه تعريف علماء اصول الفقه للإجماع (١٠).

رواه الترمذي عن سعيد بن زيد وقال حليث حسن صحيح، ينظر جامع الترمذي: ٦٨١/٤ رقم الحديث (١٤٤٠) ، وينظر بمنن ابي داود بشرح عون المعبود: ١٢١/٣.

⁽۲) سنن النسائى :۱۱۷/۷ رقم الحديث(٤٠٩١).

مسلم بشرح النووي: ١٦٣/٣.

⁽⁴⁾ رواه البخاري بشرح فتح الباري:١٨٥/١٢ ورواه مسلم بشرح النووي١٥٩/١ ـ١٥٩ رقم الحديث (E . 4Y).

^(*) أي اخبرنى عن حكمه.

⁽۱) سنن النسائي بشرح السيوطي:۱۱۷/۲.

⁽٧) حيث عرفوه بانه اتفاق عجتهدي امة عمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعى اجتهادي. ومن الواضح ان حكم الدفاع الشرعي ليس اجتهاديا لانه منصوص عليه ولا اجتهاد في مورد النص.

الـــدفاع الشـــرعي الحــاص في الشــريعة والقــانون

٤- العقل السليم:

فالعقل السليم يقضي بصحة كل ما ورد في القران والسنة النبوية ثم أن من مقتضى العقل السليم ان لا يترك المعتدى عليه تحت رحمة المعتدي بدون دفاع إلى ان يستعين بالسلطة العامة أو يتحمل اذى الاعتداء.

وبناء على ذلك اعتبار الدفاع الشرعي حقا أو واجبا وسببا من اسبباب الاباحة عمل مقبول ومعقول بمقتضى العقل السليم.

مصادره في القانون تنحصر في قوانين العقوبات والتشريعات الجزائية.

ثانيك تكييف النفاع الشرعي:

تكييف كل مصطلح هو تحديد صغته الشرعية أو القانونية من حيث الطبيعة والمراد بالتكييف هنا حكمه الشرعى أو القانوني بالنسبة للمدافع. وقد اختلف فيه الفقهاء(١٠):

أ _ فمنهم من قال انه واجب مطلقا.

ب ـ ومنهم من يرى انه حق مطلقا.

ت _ ومنهم من ذهب إلى التفصيل فقال: الدفاع عن العرض واجب وعن غيره حق فمن حاول الاعتداء على العرض فعلى كل متمكن دفع انجاز هذه المحاولة سواء كان المعرض خطر الاعتداء عرضه أو عرض غيره.

ث ـ واكثر الفقها، قالوا: الدفاع عن المال حق وعن غيره واجب والـراجح انه واجب مطلقا بالنسبة لغير المال اما بالنسبة اليه فاذا كان المال مهسا في ذاته أو بالنسبة لصاحبه فهو ايضا له حكم غيره من الوجوب والا فليس بواجب لا على صاحبه ولا على غيره لان المال يعوض بخلاف غيره.

ج _ ركان الاتجاه المسيحي المتأثر به بعض القوانين ذاهبا إلى تكييفه بأنه عنر لا يجرد الفعل الجرمي المستعمل في الدفاع الشرعي مسن صفته الجرمية ولكنه مانع مسن العقاب فمن دافع عن نفسه أو عرضه أو ماله بفعل يكون جرعة في اصله فعليه أن

⁽١) ينظر لابن عابدين في الفقه الحنفي:٣٨٢/٥، والمهذب في الفقه الشافعي:٢٢٤/٢، والمفني في الفقه الحنبلي ٣٥٤/١٠.

يستغفر ويتوب إلى الله من ذنبه وكان على المدافع ان يلجأ إلى الهرب من المعتدي إذا استطاع وكان الهرب سبيلا للنجاة.

ورغم ذلك قالوا: ان على المرء ان يدافع عن حق غيره كما يدافع عن حق نفسه، وسرت هذه الفكرة الكنسية في تكييف الدفاع الشرعي بأنه عذر مانع من العقاب وليس من اسباب الاباحة إلى التشريع الفرنسي في عهده القديم، فالقاتل دفاعا عن نفسه لم يكن يعتبر في حل عما اتاه بحكم القانون بل كان عليه ان يلتمس الصفح من الملك فعليه ان يقدم التماسة حاسرا الرأس جائيا على ركبتيه ويأوى إلى السجن حتى يصدر الأمسر بالعقوبة، غير ان التماس العفو لم يكن ليرفض ما دام يتبين أن هناك ضرورة الدفاع عن الحياة وقد عدل عن هذه الفكرة المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وعاد إلى الفكرة السابقة في القانون الروماني واعتبر الدفاع حقيا ومين استباب الاباحية في قيانون العقويبات الصيادر عام١٨١٠م ونص على ذلك المادة(٣٢٨) منه في باب القتل والجرح وانتقل ذلك إلى القانون المصرى(١)

ثَالِثُكَ التَّطُورِ التَّارِيخي للدَّفَاعُ الشَّرِعي:

الدفاع ضد الاعتداء غريزة طبيعية لكل كائن حي متحرك بالإرادة سواء أكان انسانا ام حيرانا

ويعد الدفاع اقدم سبب من اسباب الاباحة طبيعة وعرفا وقانونا لكن مر بتطور يمكن ايجازه في الاتي نــ

بدأ حق الدفاع الشرعي خاصا عارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيهته أو قبيلته وظل على هذا النمط إلى نشوء الدولة حيث احتكرت بعد نشأتها حق الدفاع عن الافراد الخاضعين لها لنفسها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها وبذلك اصبح كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة لكن للفرد عارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة رعدم امكان اللجوء اليها.

ومن هذا الواقع نشأ الدفاع الشرعى أولا حقا طبيعيا لكل فسرد ان يمارسه بحريته ثسم خضع للقانون من حيث التنظيم ولسيادة الدولة من حيث التنفيذ.

⁽١) الاستاذ القللي المرجع السابق، ٣٠٣٠.

وقد اخذ الدفاع الشرعي خلال مروره بالتطور طابع الافراط والتفريط (۱) ويبدر الافسراط والسماح اللاغدود في استخدام العنف والقوة بدون قيد أو شرط واضحا في القانون الروماني حين كان الدفاع الشرعي يعد حقا طبيعيا منحه القانون الطبيعي للمعتدى عليه دون ان يخضعه لشروط أو قيود.

ويتجلى هذا الاطلاق والافراط في قبول مسارس توليسوس الكاتسب السياسي الرومساني الشهير بـ (شيشرون) ١٠٦ ـ ٤٣ ق. (لا صوت للقانون في معترك السلاح).

كما ان التفريط واضح في التعاليم المسيحية الستي كادت تمحي من الوجود الصغة الشرعية للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى أن هذه التعاليم جاءت كرد فعل لما كانست يسود الدفاع الشرعي من القسوة وروح الانتقام ومقابلة الشر بشر اكثر قسوة واشد خطورة ومن الشواهد على طابع التفريط للدفاع في ضوء تلك التعاليم ما جاء في العهد الجديد (الجيل متي) (٢) عا نصه:

(وأما أنا فأقول لكم لا تقاوموا الشر بل من لطمك على خدك الايمن فحول له الاخر، ومن اراد ان يخاصمك ويأخذ ثوبك فأترك له الرداء أيضا ومن سخرك ميلا واحدا فاذهب معه اثنين)

وفي البينة العربية (") كان الدفاع الشرعي في المجتمع العربي _ كأي مجتمع اخر بدائي _ يتمثل في غريزة الثار والانتقام من المعتدى أو ممن ينتمي إلى عشيرة المعتدى أو قبيلته ولم يكن هناك دفاع شرعي بمفهومه الصحيح، فاذا أعتدى فرد من عشيرة أو قبيلة على اخر من عشيرة اخرى أو قبيلة اخرى يتم رد هذا الاعتداء بدافع الثار والانتقام من شخص المعتدى عليه أو من آخر ذي صلة به كما ذكرنا، واحيانا كان اعتداء فرد على اخر يؤدي إلى مضاعفات سلبية بل إلى حروب مستمرة سنوات بين قبيلة المعتدى وقبيلة المعتدى عليه.

ثم بعد مرور زمن تطورت فكرة الثأر والانتقام العشوائي إلى فكرة تسليم الجاني لعشيرة أو قبيلة المجنى عليه فأن شأوا استعبدوه وان شأوا قتلوه فاذا جعلوه عبدا يغقد شخصيته

⁽ التجاوز عن الحد من جانب الزيادة والتغريط التقصير والتجاوز عن الحد من جانب النقصان. $(^{1})$ لافراط التجاوز عن الحد من جانب النقصان. $(^{1})$ لاصحاح الخامس (1 2).

⁽٣) فلسفة وتاريخ القانون الجنائي الاستاذ الدكتور على راشد محاضرات الدراسات العليا في القانون المطبوعة على الرونيو بص١٥.

القانونية ويصبح جزءا من عمتلكات سيده كأي مال منقول يباع ويشترى وكان كل ما يكسبه في حياته ملكا لسيده لانه لم يكن اهلا للتملك.

ثم تطورت فكرة التسليم إلى نظرية الدية التي تدفع من الجاني أو عشيرته لولي المدم وأسرة المجني عليه، ثم جاء الإسلام فعدد الدفاع الشرعي وبين اركانه وشروطه وأحكامه وهذب نظام القصاص والدية تهذيبا يحمي كرامة الانسان وشخصيته وعنع التجاوز على الجاني وعلى غيره وأقر مبدأ شخصية الجرعة ومبدأ شخصية العقوبة في آيات منها قولم تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) ومنها قوله تعالى: (ولا تَوَرْدُ أُخْرَى) (١٠ ومنها قوله: (ومن قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جيعا) (١٠).

وهكذا هناك نصوص في القران الكريم والسنة النبوية تحمي حياة الانسان وعرضه وماله وتحرم الاعتداء عليه بغير حق.

المبحث الثالث أساس الدفاع الشرعي واثاره

أساس كل شيء ما يبنى عليه غيره واساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره واثما هو المبرر الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سببا من اسباب تحويل الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريده من صفته الجرمية واخراجه من كونه مشمولا بالنص الشرعي الني جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تخلو كل واحدة منها من عيب أر نقص أر عدم اصابة للواقع والحقيقة ونحاول ان نستعرض اشهر واهم تلك النظريات بايجاز فيما يأتي: _

^(۱) سورة الانعام/١٦٤.

⁽٢) سورة المائدة/٣٢.

الــــدفاع الشــــرعي الحــــاص في الشـــريعة والقــــانون

أولا نظرية الإكراه المعنوي(١):

مضمونها أن الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه وتأثره بضغط غير مشروع من شخص أخر يولد خوفا ورهبة في قلبه وبالتبالي يدفعه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشنا عن حالة الرعب التي تصيبه ومن مقتضيات الغريزة اللارادية فلا مجال لمسؤوليته ما دام لم يرتكب الجريمة باختياره وانحا هو مكره ومسوق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة فعمله لا يستند إلى الخطأ الذي هو من اهم اركان المسؤولية وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كتاب العصر الحديث في المانيا(۱)

وتنتقد هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

ان المدافع يأتي ما يأتيد باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواعي وهو تمالك لكمل قواه العقلية والبدنية حين يقور مدى خطورة الاعتداء ويختار لدفعها الوسيلة المناسبة رغم ضيق مجال اختياره.

٢- الإكراه سواء كان معنويا أر ماديا في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائية ومانع المسؤولية الجزائية ومانع المسؤولية الجزائية اعم مطلقا من سبب الإباحة فكيف يعتبر اساسا لاباحة الدفاع الشرعي وتجريد الفعل من صفته الجرمية وبالتالي إلى رفع المسؤوليتين الجزائية والمدنية؟

٣- واذا سلمنا جدلا أن الأساس هو الإكبراه في حالة الدفاع الشيرعي عين حياتيه وعرضه أو ماله فكيف يصلح أساسا في حالة الدفاع عن حق الغير منع أنه في هذه الحالة يتطوع باختياره وأرادته الحرة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومت ضد من يريد القاء القبض عليه من السلطة العامة لانمه في هذه الحالمة يجد نفسمه مكرها على مقاومته بمقتضى غريزته فيقاوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون اساسا للدفاع الشرعى.

⁽¹⁾وهو ما يسمى الإكراه الملجىء في الفقه الاسلامي.

⁽٢) الاستاذ الدكتور عمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية ص ٣٠٥.

ثانيك نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه المقاصة في الديون والالتزامات المدنية فالأساس مقاصة بين شر المعتدي وشر المعتدى عليه واذا سقط بالمقاصة والمجازاة فلا يبقى مجر لمساءلة المدافع فجزاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

ويناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

١- أن المقاصة تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقى في الدفاع الشرعي
 عندما يكون شر المعتدى عجرد تهديد بخطر حال وشر المعتدى عليه قد يكون قتلا.

٢_ خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب فالأول ليس عقابا وانما هـو
 وسيلة لدفع خطر عدق.

٣ لو صح القول بأن الدفاع الشرعي عجازاة شر بشر لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدى على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يود الدفاع إلى هلاكه الجسدي كليا لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة في حين ان المعتدي إذا بقى على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يحال إلى القضاء لمساءلته وعاسبته ومعاقبته.

ثالثاً ـ نظرية تضارب المسالح وترجيح مصلعة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة لان القانون كمسا يحمي حقوق المعتدى عليه كذلك يحمي حقوق المعتدى غير ان المعتدي قد أهدر نفسه في حماية حقوقه باقدامه مسبقا على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة المعتدى) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدى علمه).

وينتقد هذا الاساس من الاوجه التالية:

الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغض النظر عن درجة اهميتها فلا يوجد
 مناك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.

٢- لو صح ان المعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية ان السارق يفقد حرمة ملكه لاعتدائه على ملك الغير، ويفقد حرمة عرضه لانه اعتدى على عرض الغير وهكذا وهذا امر غير وارد في مينزان الشرع ومنطق القانون.

٣- ان هذا التعليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من اسباب الاباحة وبالتالي استعاط الضمان الجزائي والضمان المدني إذا سلم به بالنسبة لذوي الاهلية من المعتدين فائه لا يبرر الدفاع الشرعي ضد عديمي الاهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الفير لائه لا يمكن ان ينسب اليهم انهم هتكوا حقا للفيرسارادتهم وبالتالي أهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً . نظرية انتصار القانون:

يبر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سببا من اسباب الاباحة بان الاعتداء الاجرامي نفي لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي اثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء بالاعتداء تاييد للقانون وانتصار له.

ومن الانتقادات التي يمكن ان توجه إلى هذه النظرية انه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد ان يمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويؤيده وهذا مرفوض لان الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، اما التدخل بدون مبرر قانوني فهمو اعتداء على هذه السيادة.

خامساً . فكرة الرجوع إلى الاصل:

رمفادها ان الاصل هو ان يدافع كل قرد عن نفسه كما كان كذلك قبل انشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثله الدولة لان المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع وفعله أبعد من الفوضى وان الفرد اقرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن اغاثة الفرد المعرض لخطر عدق حين الاعتداء عليه فان له ان يسترد حقه الاصلي في حماية

نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزا عن تلك الحماية أو غائبا ويسرد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

١- ان هذه الفكرة متاثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتساعي لجان جاك روسو ومن حذا حذوه في تنازل الافراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل خماية المجتمع لهم وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسيج الخيال وليس لها واقع ملموس في تاريخ البشرية لان مثل هذا العقد لا يتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الاسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.

٢ في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لان الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنيا على اساس عقاب المعتدى.

٣- إذا سلمت هذه الفكرة جدلا لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر فانها لا تصلح ان تكون مبررة للدفاع عن حق الغير في حين ان الدفاع الشرعي عبام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً ـ فكرة الباعث الشريف:

ومفادها ان اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع المعتدى عليه قطر المعتدي ليس إلا عملا يخدم مصلحة المجتمع ويبعد عنمه خطس المعتدى عليه فعمله من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استنصال جذور تلك الخطورة.

وما يقوم به المدافع ليس إلا عملا نابعا عن هذا الواقع ولذا يعد من اسباب الاباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة انواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدى والمعتدى عليــه مــن الأشرار الخطرين على المجتمع فليس للمجتمع مصلحة في إبقاء احدهما وإفناء الآخر.

سابِماً . حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الاساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لان مقاصد الشرع والقانون هي هماية مصالح المجتمع والافراد وقد نص القران الكريم على هذه الحقيقة في قوله تعالى: (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ومن الواضع ان هذه الصياغة الكلامية (النفي بعد النفي) للعصر في ميزان علم البلاغة فعصر سبعانه وتعالى الفاية من الرسالة المعمدية في تحقيق مصالح الاسرة البشرية لأن الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت ايجابية (المنفعة المستجلبة) ام سلبية (المضرة المستدرأة) وسواء كانت مادية ام معنوية، دنيوية ام أخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجبا لحمايتها سواء كسان هنذا الدفاع من السلطة العامة أو من الأفراد لأن الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته).

ولو سلب الدفاع الشرعي عن كل انسان يتعرض لخطر حمال لأدى ذلك إلى تشجيع المنسدين في الارض على التمادي في الاعتداء على ارواح الابرياء واعراضهم وامسوالهم لانه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الاساس لا يسأل جنائيا ولا مسنيا من يساهم في تأمين الاستقرار والطمأنينة وإبعاد شبح الفوضى والفساد عن الفرد والمجتمع.

طبيعة النفاع الشرعي وآثاره:

١- الدفاع الشرعي سبب ذو طبيعة موضوعية من وجهين:

احدهما من حيث كيانه الذي لا يتضمن اصلا عنصرا من العناصر الشخصية للمدانع.

والثاني من حيث أثره الذي ينصرف إلى الفعل المستعمل في دفع خطر المعتدى لا إلى شخص مدافع.

أما كيانه المرضوعي فتفسيه ان توفر سببيته للاباحة كسائر اسباب الاباحة يرجع إلى وجود قواعد قانونية تقيد اطلاق نصوص التجريم وقصص عمومها فالكشف عن سبب الاباحة سواء اكان دفاعا شرعيا ام غيه كاداء الواجب واستعمال الحق وغيرهما ياتي موازنة بين قاعدة التجريم وقاعدة الاباحة والتوفيق بينهما بتقييد أو تخصيص إحداهما لاطلاق أو عموم الاخرى دون ان يتطلب ذلك بحثا في نفسية الجاني الافي حالات استثنائية كحسن نيسة المتجاوز عن حدود الدفاع وسوء نيته .

اما الطابع الموضوعي لاثار الدفاع الشرعي فيقصد بنه تعلق هذه الاثبار بالتكييف القانوني للفعل بغض النظر عن أهلية المعتدى والمعتدى عليه (١١).

ومن أهم الاثار المترتبة على الطابع الموضوعي للدفاع الشرعي ما ياتي :

١- تاثير سبب الاباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الدفاع فمتى ما توافرت عناصر الدفاع الشرعي يصبح الفعل مشروعا مباحا يستفيد من ذلك كل من ساهم فيه فلا يبقى فرق بين الفاعل (٢) والشريك (٦) ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله.

ومن يحرض غيره على الدفاع أو يساعده أو يقدم له التسهيلات لدفاع الشرعي يستفيد من الاباحة وفلسفة ذلك أن الفعل المشروع المباح لا يصلح لان يكون علا للمساهمة الجزائية سواء اكان المساهم فاعلا أم شريكا.

وجدير بالذكر أن هذه القاعدة خاصة بحالة الدفاع الشرعي وليست مطلقة فلا تطبق في مائر اسباب الاباحة لان اسباب الاباحة نوعان.

اسباب مطلقة كما في الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام واسباب نسبية كما في اداء الواجب بالنسبة للمسؤولين في الدولة واستعمال الحق بالنسبة للتاديب من قبل الازواج والاباء وغيرهم عن له سلطة التأديب.

فهذا النوع النسيي يراعى فيه العنصر الشخصي للفاعل فالزوج وحده يؤدب زوجته وكذلك الأب والمعلم والموظف والطبيب والرياضي في الألعاب الرياضية وغيرها من أسباب الإباحة النسبية.

^(۱) د.محمود نجيب حسن المرجع السابق ص ۱۱۲ ، المبادىء العامـة في قـانون العقوبـات ، د. علـي حسـين خلف و د. سلطان الشاوي ، ص ۲٤٥ .

^{(&}quot; نصت م٤٧ عقوبات على انه (يعد فاعلا للجرية : من ارتكبها وحده أو مع غيره ومن ساهم في ارتكبها اذا كانت تتكون من جملة افعال فقام عمدا اثناء ارتكابها بعمل من الاعمال المكرنة لها ومن دفع باية وسيلة شخصا على تنفيذ الفعل المكون للجرية إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائيا عنها لاي سبب كعديم الاهلية

⁽٢) ونصت م٤٨ على انه (يعد شريكا في الجرية من حرض على ارتكابها فوقعت بناءعلى هذا التحريض ومن اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الانفاق ومن اعطى الفاعل سلاحا أو الات أو أي شيء اخراء استعمل في ارتكاب الجرية مع علمه بها أو ساعد عمدا باي طريقة اخرى في الاعمال الجيزة أو السهلة أو المتممة لا رتكابها).

فلا يستفيد من سبب الإباحة إذا كان أداء لراجب لا يقوم به الا شخص يحتل مركزا معينا أو يحمل صفة معينة كما في استعمال السلطة العامة فلا يستفيد منه الا من يكون موظفا عاما، وفي الأعمال الطبية والجراحية لا يستفيد من سبب الإباحة الا مسن كانت له صفة التطبيب أو من يكون من أعوانه كالمعاون الطبي والمعرضة والمخدر ونحو ذلك.

٧- ومن أثار موضوعية الدفاع الشرعي من حيث سببيته للإباحة عدم تأثير الجهل بالواقع على صيورة فعل غير مشروع إلى مشروع أو صيورة غير المشروع ألى المشروع فمن دفع خطرا عن شخص أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير وعرضه أو ماله وهو يجهل انه في حالة الدفاع الشرعي فلا تأثير لهذا الجهل والاعتقاد الحاطي، أي أثر على مشروعية فعله ما دامت الشروط الشرعية والقانونية متوفرة فيسه، وكذلك العكس فلو قام بفعل ضد غيره وهو يعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وكان اعتقاده خاطئا فلا يكون له التأثير على الواقع وهو عدم كونه في حالة الدفاع الشروع إلى الشرعي فلا يعتبر فعله مباحا ولا يحول الاعتقاد الخاطيء العمل غير المشروع إلى العمل المشروع.

٣- الفلط في عناصر الدفاع الشرعي لا يغير الواقع فلو كان المدافع يظن بأن عنصرا من عناصر الدفاع غير متوفر في حين انه كان مترفرا في الواقع فلا اثر لهذا الفلط الذي وقع فيه.

وكذلك العكس فلو ظن ان جميع عناصر الدفاع الشرعي متوفرة وكان ظنه خاطئها فلا يعتد بهذا الظن بل يعمل بما هو واقع فلا يعتبر المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

بناء على القاعدة الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة (٧٢) من مجلة الأحكمام العدلية: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

وهذه القاعدة تطبق في القضايا الجنائية والمدنية على حد سواء ومن المسائل المدنية المبنية على هذه القاعدة انه إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع.

⁽١)د. عمود نجيب حسنى /المرجع السابق، ص١١٣٠

غيد أن بعض القوانين كقانون العقوسات العراقي (م27 وم21) والكسويتي (م28 و70) أعتد بالخطر الموهوم في الدفاع الشرعي إذا كان مينيا على اسباب معقولة وبحسن النية في أواء الواجب.

موقف قوانين العقوبات العربية من الدهاع الشرعي:

لم تتفق التشريعات الجزائية الآتية على معالجة عناصر الدفاع الشرعي وأحكامه بنعط واحد كعدم توافلها في التشريعات الآخرى بل تلتقي في بعض النقاط وتختلف في نقاط أخرى إضافة إلى وجود بعض العيوب والنواقص في بعضها ومن أوجه الاتفاق: تعريف الدفاع الشرعي بأنه استعمال قوة لازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقيا يحيب المقانون ومنها: أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة إذا تبوافرت أركائه وشروطه رغيم اختلافهم في بعض التفصيلات.

ومنها؟ أن أركان الدفاع الشرعي اثنان الخطر والفعل الذي يدفع بـ هـذا الخطر ولكـل منهما شروط أحمها ما يأتي:

أولاً. شروط الخطر:

الدوجود خطر بوقوع اعتداء غير مشروع واستعمل تعبير (تعرض غير علق) بدلا من الخطير كمل من قبانون العقويات اللبنياني (١) (١٨٤٨) والسنوري (١٨٣٨) والأردنسي (١٠٠) (١) والتعمل القوة أو العنف غير المشروعين) والقطري (١٠٠) (١٠٠) والتونسي (الفصل ١٣٠) والمغربي (الفصل ١٢٤٠) تعبير (الصائل) وهو تعبير فقهاء الشريعة واستعمل العراقي (١٢٤) (١) والليبي (١٠٠) (١٠) والمسري (١٢٤٩) (١) تعبير (المجرعة).

⁽المليادر بالمرسوم المرقم(٣٤٠) في ١/آذار/١٩٤٣.

^(*) الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

⁽۱) رقم (۱۹) لمينة ۱۹۹۰.

⁽¹⁾ الصادر في ١٧/مايو/٧٩٥٥ وتعنيله الصادر في ١٨/يونيد/١٩٦٩.

⁽¹⁾ الصادر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٠.

^(۱) رقع (۱.۱۸) لسينة ۱۹۲۸.

الشرط الثاني ما أن يهدد الحطر بالإيداء مصلحة يميها القانون من نفس أو عسرض أو عال:

وأكثرها لم تذكر العرض صراحة على أساس انه يندرج تحت مفهوم النفس ومن القسوانين التي ذكره صراحة قانون عقوبات الإسارات المتحدة (١٤٠١٣) والقانون الكويتي (١٤٠١) ولم تغرق هذه القوانين بين كون المصالح المعرضة للخطر عائدة إلى المستافع شخصسه أو إلى ضيره باستثناء القانون التونسي الذي نص في الفصل (٣٩) على تحديد هذا الفير بأن يكسون مسن أقارب المدافع وهم الأقارب من طبقة الأصول والفروع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة.

أما إذا كان الشخص المعرض للخطر غير هؤلاء فللحاكم الاجتهاد في تقدير المسؤولية.

ويرى البعض (1) أن المراد من هذا النص هو أن للقاضي أن يعتبر المدفاع ضن مصطحة الغير ظرفا عنفا.

الشرط الثالث، أن يكون الخطر حالاً:

وقد ذكرنا سابقا أن الخطر يعتبر حالاً في إحدى الحالتين:

إحداهما أن يكون الخطر وشيك الوثوع ولم يقع بعد.

والثانية أن يكون قد بدأ ولم ينته بعد.

ويستفاد هذا الشرط من أكثر القوانين الجزائية العربية صراحة أو طسمنا ومسن القسوانين الدالة عليه صراحة العراقي (م٢٦) والسوري (م١٨٣) والأردنسي (م٢) واللبنساني (م١٨٤) والجزائري (م٣٩) تحت عبارة (خطر حاتم).

الشوط الوابع ـ عدم إمكان اللجوء في دفع الخطر إلى السلطة العامة:

وهذا الشرط تدل عليه أكثر القوانين العربية صراحة أو ضمنا ومن القوانين الدالة عليسه صراحة العراقي (م٤٢) والمصدي (م٤٤٧) والليبسي (م٧٠) والسنوداني (م٥٩) والقطعري (م٢٧).

⁽١) الصادر بالمرسوم في ٢٨/نوفمبر/١٩٦٢.

⁽٢) رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٣ المعدل.

^{(&}lt;sup>7)</sup> أي لو تم لأصبح جريمة. ولا يقصد بلفظ الجريمة قام وقوع الاعتداء.

⁽⁴⁾ ينظر تعليقات عبد طاهر السنوسي على الجلة الجنائيية التونسية ط/١٩٩٤ تدونس ص٣٧، نقللًا عن يرسف الياس عبوعة قوانين العقوبات العربية ط/١٩٧٣ ص١٤٠.

ومن الجدير بالذكر أن بعض القوانين العربية اشترطت شرطا(١١) خامسا للخطر حتى يكون الدفاع من أسباب الإباحة وهسو ان لا يكسون المعتسدي عليسه هسو السسبب المستبي للاعتسداء كالقانون الأردني (م٣٠) والسوري (م١٨٣) واللبنساني (م١٨٤) والبحسريني (م٢٩) لكسن انتقد هذا الشرط بانه يؤدي من الناحية العملية إلى نتائج لا عكن التسليم بها ومنها.

عدم إمكان رد ما يتجاوز فيه المدافع عن حدود الدفاع الشرعي لو كان يخشى من هذا التجارز احداث الموت لأنه لو لم يعتد لما وقع هذا التجارز(٢). علماً بسأن الدفاع ضد مسن يتجاوز الحدود جائز رغم أن المدافع هو البادي، بالاعتداء.

والمشرع العراقي رغم انه لم ينص صراحة على هذا الشيرط الا انبه نبص في (م٤٠٩)(١) على انه لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر (عذر مفاجأة الزرجة أد إحدى عارمه متلبسة بجريمة الزنا) وانتقد البعض (١) المشرع العراقي في استعماله تعبير (حق) (في حق الدفاع الشرعي).

قاتلاً: أن الدفاع الشرعي ليس حقا لأن هذا التصور يؤدي إلى القول بوجود التزام مقابل من المعتدي بتحمل الدفاع وانه يكون مسؤولا عن التعريض إذا أعاق المدافع عن استعماله حقه في الدفاع.

وينتقد هذا الانتقاد بأن هذا الزعم مبني على أن المراد بلفظ (حق) في حق الدفاع الشرعي الحق الشخصي المالي المقابل للالتزام المالي وهذا الزعم باطمل لان المراد بمالحق في مثل هذا المقام هو الصلاحية والمركز الشرعي أو (القانوني) الذي من شأنه أن ينتفع بــه صاحبه.

⁽١) ينظر: د.محمود مصطفى ـ أصول قنانون العقوبيات ،ص٥٤ نقيلا عن د.يوسيف اليناس المرجع السنابق ص۳۹.

^(Y) ينظر: د.عمود مصطفى ـ أصول قانون العقويـات، ص٥٤ نقـلا عـن د. يوسف اليـاس المرجع السـابق،

⁽٣) الحاصة بقتل الزوجة أو احدى الحارم وشريكها في حالة التلبس بالزنا.

⁽¹⁾ د. عمود مصطفى ـ القسم العام ص٢٠٣..

شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

يشترط صراحة أو ضمنا في اغلب القوانين الجزائية العربية توافر شرطين في فعل الدفاع الشرعى.

الشرط الأول . أن يكون هذا الفعل لازما أي وسيلة وحيدة لدفع الخطر:

فاذا كان بالامكان التخلص من الخطر الذي يهدد مصلحة من مصالح المدافع أو مصلحة غيره من الحقوق النفسية أو العرضية والمالية التي يحميها القانون عن طريق فعل لا يعد جرعة فانه لا يباح له ان يرتكب في الدفاع فعلا يجرمه القانون^(۱) ومن القوانين التي تشير إلى هذا الشرط: العراقي (م٢٤٧) والمصري (م٢٣٦) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٠) والجزائري (م٣٩) والتونسي^(۱) الفصل (٣٩) والمغربي الفصل (١٧٤) غير ان القانون الليبي (م٧٠) نص على ان الدفاع الشرعي يبيح للشخص ارتكاب كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر جرعة الاعتداء.

والتعبير عن هذا الشرط في العراقي أو التونسي أوضح من تعبير سائر القوانين الجزائية العربية حيث ينص الأول على ان لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع الخطر، والشاني على ضرورة أن يكون المدافع لم تمكنه النجاة من الخطر بوجه آخر.

الشرط الثاني: أن يكون فعل الدفع متناسبا مع الخطر:

وقد تطرق لهذا الشرط أكثر التشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التعابيد: والتعبير الوارد في الأردني (٦٠٠) والمغربي (الفصل١٧٤) : (مع الخطر) وفي المصري (م٢٤٦) (أن تستعمل في الدفاع القرة اللازمة) وفي العراقي (م٤٥) : (الدفاع الشرعي لا يبيح إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع) وفي البحريني (م٢٩): (الا يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضروري ومعقول) والجزائري (م٣٩): (أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء). وفي السوداني (م٨٥) والقطري (م٢٩): (أن لا يمتد الدفاع الشرعي بأية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لفرض الدفاع).

⁽١) د. محمود نجيب حسني، القسم/ص٢٢١.

⁽٢) أَجُلة الجنائية الترنسية لسنة ١٩١٣ المعدلة.

وفي ما يتعلق بجرائم الاعتداء على الأشخاص التي تبر قتل المعتدي دفاعا عن السنفس وعن نفس الفير نصت صراحة قوانين العراقي (م٤٣) والمصري (م٢٤٦) والليبيي (م٧٠) والجزائري (م٣٩) والمغربي (الفصل ١٢٥) والقطري (م٢٤) والكويتي (م٣٣) والسوداني (م٣٥): على جواز قتل المعتدي إذا كان الخطر بحيث يؤدي إلى الموت أو الإصابة بجراحة بالغة. وفي ما يتعلق بجرائم هتك الأعراض نصت قوانين العراق ومصر والكويت وليبيا والقطر واليمن والسودان على جواز قتل المعتدى في حالة قيام خطر يهدد بمواقعة أنشى أو اللواطة

وفي ما يتعلق بإباحة القتل دفاعا عن المال فقد اختلفت فيه القوانين العربية من حيث نطاق المال عمل الاعتداء: فأباح قتل المعتدي العراقي (م٤٤) والمصري (م٣٤) والليبي (م٠٧) والجزائري (م٣٩) و القطري (م٤٤) والمفرسي (الفصل -١٢٥) في حالات الدخول ليلا في منزل معد للسكني (١) وان لم يكن فيه أحد حالة الاعتداء أو أحد ملحقاته والسرقات، والحريق عمدا.

بها أو بذكر كرها إضافة إلى جواز القتل ضد اعتدا، خطف إنسان.

وأضاف إلى ذلك التونسي (م٤٠) خلع مسيجات ونقب الجدران، كما أضاف اليها جريمة النهب القانون السوداني والجزائري والتونسي والمغربي.

تجاوز النفاع الشرعي:

من الطبيعي أن يكون التجاوز عن الحدود المعقولة المقبولة السي يستوجبها المدفاع الشرعي امرا متوقعا نتيجة الحالة التي يكون فيها المدافع فاقدا في الغالب الكشع من اتزانه.

والمراد بالتجاوز عدم تحقق التناسب بين فعل الدفاع من المعتدى عليه والخطر من المعتدي. وهذا التجاوز قد يكون بنية سليمة حسنة وقد يقع بغير هذه النية.

وقد اختلفت فقهاء القوانين الجزائية العربية في معالجة حالة التجاوز حول مدى مسزولية المتجاوز ومعاقبته.

⁽١) ويشمل المنزل في السوداني والقطري الحيمة والسفينة المسكونة.

وقد نص قانون العقوبات اللبناني (م١٨٤وم٢٢٨) والسوري (م١٨٣وم٢٢٧) على عدم معاقبة المتجاوز إذا افرط في الدفاع وكان اقدامه على الفعل في سورة انفعال شديد بحيث انعدمت معها قوة وعيه وارادته.

ونصت (م ٢٠ / ٣) من القانون الاردني - بعد الاحالة إلى (م ٨٩) من نفس القانون - على انه يمكن اعفاء الفاعل من العقوية. ويبدو ان هذا القانون اخضع الامر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ونصت غالبية القوانين الاخرى على جواز تخفيف العقوبة بفرض عقوبة الجنحة في حالة كون فعل الدفاع جناية كما في العراقي (م ٤٥) (١) والمصري (م ٢٥١) والكويتي (م ٣١) والقطري (م ٣١).

ونصت (٣٠٨) اليمني (٢٠ على انه إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة والضرورة أو الدفاع الشرعى يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية.

ونصت (م٨٥) السوداني على أن: (حق الدفاع الشرعي لا تحيد بأية حالة إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:

يمكن ايراد الملاحظات الاتية على تلك القرانين: _

العماني القائم المواد (١٠٣-١٠١) اكتفي بمعالجة موانع المسؤولية
 الجنائية دون التطرق الأسباب الإباحة، اضافة إلى ذلك فانه خلط بين موانع العقباب
 وموانع المسؤولية الجنائية وهذا نقص تشريعي يجب تداركه.

٧- القانون التونسي القائم الفصول (٣٩-٤٠) حصر جواز الدفاع الشرعي عن مصالح الغير في أصول المدافع وفروعه وإخوته وأخواته والزوج والزوجة بينما اتفقت القوانين على خلاف هذا التقييد فأجازت بل أوجبت على الإنسان أن يدافع عن حقوق الفير كما يدافع عن حقوقه مطلقاً.

⁽١) نصت (م٤٥) العراقي على انه (يجوز للمحكمة في حالة التجاوز ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا مــن عقوبــة الجناية، وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة)

⁽٢) ونص هذا القانون على أن للقاضي أن يعتبره ظرفا مخففا.

^(۱) رقم (۱۲) لسنة ۱۹۹۶.

٣- يوجد في القانون اليمني القائم (م٢٧-٣٠) التناقض بين المادة (٢٧) والمادة
 (٢٨) لان الاولى نصت على جواز الدفاع عن حقوق الفير مطلقا في حين قيدت الثانية الدفاع عن الغير بالقرابة والزرجية (١)

٤- خلط القانون اللبناني القائم (٢٠١٠ - ٢٢٩) تحت عنوان القوة القاهرة بين موانع المسؤولية الجنائية موانع المسؤولية الجنائية السبابا للاباحة مع ان الموانع اعم مطلقا والاسباب اخص مطلقا والعام لايستلزم وجود الخاص دون العكس.

إضافة إلى ذلك فانه استعمل تعبير (لا عقاب) بدلا من لا جريمة في حين أن نفي العقاب لا يستلزم نفي الجريمة فعديم الأهلية إذا ارتكب جريمة لا يعاقب عليها رغم قيامها.

٥- القانون الأردني (م٨٨- ٩٠) تحت عنوان القوة القاهرة هو الأخر خلط بين موانع
 المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا
 للإباحة كالإكراء والضرورة وهما من الموانع ورغم ذلك عدهما من أسباب الإباحة.

٦- القانون السوداني القائم م(٤٥-٥٤) وقع في أخطاء جسيمة منها انها اعتبر أمورا من أسباب الإباحة وهي بعيدة عنها بعد السماء عن الارض كعدم توفر القصد الجنائي (م٤٨) والصغر (٤٩) والجنون والسكر (م٥٠) ورضا المجني عليه (م١٥) والاكراه (م٣٥).

٧- القانون السوداني^(۲) (م٢٢٦-٢٢٨) لم يتطرق لمصطلح (الدفاع الشرعي) وانما عالج الموضوع تحت عنوان (القوة القاهرة) ثم قسمها إلى القوة الغالبة والاكراه وحالة الضرورة مع أن كلاً منهما ليس من أسباب الإباحة.

⁽١) نصت (٢٧) على أنه: (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا وجد المدافع خطرا حالا من جرية على نفسه أو عرضه أو عرضه)، ونصت المادة (٢٨) على انه (لا يبيع الدفاع الشرعي القتل العمد الا إذا قصد به دفع احد الامور الاتية:

١- القتل وجراحة بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو احد اقاربه.

٧- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه أي عرم له.

٣ اختطاف المدانع أو زوجه أو ولده أو احد عارمه بالقوة)

⁽۲) الصادر بالمرسوم رقم ۳٤٠ في ١/اذار/١٩٤٣.

⁽۲) الصادر بالمرسوم (۱٤٩) في ۲۲/حزيران/١٩٤٩.

٨- اشترط القانون السوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والأردني (م١٠) والبحريني
 (م١٢٩) أن لا يكون المعتدى عليه سببا لاعتداء المعتدي وقد سبق بيان ذلك
 والملاحظات التي ترد عليه.

٩- قانون العقوبات المغربي^(١) (الفصل ١٧٤-١٧٥) عالج الدفاع الشرعي تحت عنوان الأسباب المبرة التي تمحو الجرعة. ويلاحظ على هذا القانون انه اعتبر الضرورة في الفصل (١٧٤) من أسباب الإباحة مع أنها من موانع المسؤولية الجنائية وخلط في الفصل (١٧٥) بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

١٠ يعتبر قانون العقوبات القطري القائم (٢) (٢٣-٣٣) تحت عنوان الدفاع الشرعي أدق واشمل وأوضع قانون بين قوانين العقوبات العربية في معالجة عناصر الدفاع الشرعى واحكامه ومن مزايا هذا القانون:

أ ـ نص صراحة على أن الدفاع عن العرض من أسباب الإباحة مطلقا.

ب _ أضاف إلى المنزل المسكون في الدفاع الشرعي: الخيسة، والضيفة، وبشر البتول وكل مورد من موارد الثروة العامة.

وبهذا جمع بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام.

ونكتفي بهذا القدر من بحث عناصر وأحكام الدفاع الشرعي الخاص لنتناول دراسة الدفاع الشرعي العام.

وجدير بالذكر أن هذا المصطلح (الدفاع الشرعي العام) بهذا التعبير لم أطلع عليسه لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولكن تطبيقاته العلمية والعملية كثيرة في كل منهما.

والدفاع الشرعي العام إما داخلي في حدود إقليم كل دولة وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مصطلح (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإما خارجي من حيث إن مصدر الخطر يأتي غالبا من خارج الحدود ويطلق عليه في اصطلاح الشريعة الإسلامية مصطلح (الجهاد).

⁽۱) رقم ۲۲/۵۹/۱ م/نونمبر/ ۱۹۹۲.

⁽۲) الصادر بالقانون رقم (۱٤) في سنة ۱۹۷۰.

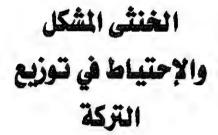
وفي القانون مصطلح (الدفاع)(١).

ومعيار التفرقة بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العمام (بقسميه) أمسران موضوعيان:

أحدهما: أن مصدر الخطر في الخاص داخلي دائما وفي العام قد يكون داخليا وقد يكون

والثاني: أن المعرض للخطر حق خاص في الدفاع الشرعي الخاص كما سبق وحسق عمام في الدفاع الشرعي العام، سواء كان داخليا أو خارجيا ونتناول بحث الدفاع الشرعي العام بقسميه في الفصلين القادمين.

⁽١) تنص المادة (٥١) من ميثاق الامم المتحدة على انه ليس في هذا المشاق مــا يضعف أو يــنقص الحق الطبيعي للدول فرادي أو جماعات في الدفاع عن انفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد اعضاء (الامم المتحدة).





الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

الخنش في اللفة: من يكون كثير التثني.

المُخنث: المترخي، المتثني، وجمعه خنائي وخناث. والخنث كالكتف من فيه إنخناث أي تكسّر وتثني، مأخوذ من الإنخناث وهو التثني والتكسّر. إن شأن الخنثى التشني في كلامه والتكسّر فيه بأن يلينه بحيث يشبه كلامه كلام النساء.

وفي إصطلاح الفقه والطب: إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة والأنوثة أو عري عنهما. أي: انسان شاذ لا يتيقن كونه ذكرا أو أنشى.

انوع الغنثي:

للخنثى نوعان:

- ١- خنثى حقيقي hermaphroditism True : وهو النوع اللذي يكلون كلا عضوي التناسلية الانثوية والذكرية موجودان فيه، وهو نادر من الناحية الطبية، والمعلومات المتوفرة عنه قليلة و معقدة. وعادة علك كروموسومات انثوية من غيط (XX٤٦).

اسبابه:

من حيث الأسباب قسمان:

أحدهما ناتج عن خلل في الكروموسومات.

والثاني ناتج عن خلل في الجينات، وبوجه خاص المتعلقة بالهرمونات، وهي كثيرة.

خصوصيته:

الخنثى المشكل خاص بالإنسان والإبل والبقر، ولم يثبت لحد الآن وجوده في سائر الحيوانات.

العلاج:

من الضروري تحديد صنفه في اقرب وقت عمكن، وفي ذلك يُعتمد على ما يلي:

أ- الإعتماد على الأعضاء الجنسية، وبوجه خاص الأعضاء الخارجية التي بإمكانها تأدية وظيفتها عند البلوغ.

ب- إجراء عملية جراحية (أو عدة عمليات حسب الحاجة) للأعضاء التناسلية بتعاون عدة من الأطباء المختصين في الغدد والجراحة والوراثة والنفسية، لعلاج هذه الحالات في المستشفيات التي لديها أطباء الغدد الصماء والجراحين في المجاري البولية والولادة والأمراض النسائية.

ممايير التمييز بين الصنفين(١):

إذا تعذر إصلاح الجهاز التناسلي، فقد رأى الأطباء والفقهاء القدامى الإستعانة بالمسايع الظاهرة للتمييز بين الصنفين (الذكر والأنثى).

من الأخطاء الشائعة بين الناس إطلاق الجنسين على الذكر والأنثى، لأن الجنس هو الذي تندرج تحت أنواع محتلفة في ماهياتها، فالصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس، فالحيوان جنس تندرج تحته أنواع الحيوانات، والإنسان نوع يندرج تحته صنفا الذكر والأنشى. والصنف يندرج تحته الأشخاص.

الخنشيسي المستحل والإحتيسساط في توزيسسع التركسسة

اهم المعايير قبل البلوغ:

- ١- المبال: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر ويأخذ مياث الذكور. وإن كسان يبول من مبال النساء فهو أنثى يرث مياث النساء.
- ٢- كثرة خروجه: فمن بال من آلة الذكر أكثر من آلة الأنثى، فهو ذكر، ومن بال ألأكثس
 من آلة الأنثى فهو أنثى.
- ٣- سبق البول من إحدى الآلتين: فالحكم للأسبق. فإن سبق البول من آلة الذكورة فذكر،
 أو من آلة الإناث فأنثى. أي إن بال منهما جميعا أعتبر أسبقهما، لأن سبق البول من أحدهما يدل أنه هو للخرج الأصلى.
- إذا تعارض السبق والكثرة، بأن كان الحروج من أحد الجهازين أسبق ومن الآخر أكثر،
 يُعكم بأكثرهما، لأن الأكثر أقوى في الدلالة على أنه العضو الأصلي، ولأن الحكم
 الكلى يترجع بالأكثر.
- ٥- عدد الأضلاع: إن كانت أضلاعه من الجانب الأيسس ناقصة ضلعا فهمو ذكر، وإن
 تساوت أضلاعه من الجانبين فهو أنثى.
- ٦- الوقوف عند البول إلى جانب حائط: فإن بال عليه فهو ذكر، إن شلش بين فخذيه فهو أنثى.

ب- (هم علامات التمييز بعد البلوغ:

- ١- الميل الجنسي: فإن كان يميل جنسيا إلى الرجال فهو أنثى، وإن كان يميل بطبعه إلى
 النساء فهو ذكر.
 - ٧- الثدي: فإن كان حجم ثديه أكبر، فهر أنثى، وإلا فهر ذكر.
 - ٣- نبت اللحية: فإذا نبت الشعر على وجهه فهو رجل، وإلا فهو إمرأة.
 - ٤- الحيض: فإن ظهرت له عادة شهرية (الحيض) فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
 - ٥- الوطه: فإن أمكن وطؤه فهو أنثى، وإلا فذكر.
- ١- الميل: فإنه يُستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فإمرأة،
 وإن مال إلى النساء فرجل. وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلى أي
 واحد منهما، فمشكل.

وحيث أطلق الخنثى في الفقه الإسلامي يراد به المشكل. (١١)

ونرى أن الطب في هذا العصر قد تقدم وتطور، وأصبح أهل الطب اليدم اقدر على التمييز، لذا على أهل الفترى ترك تحديد صنف الخنثى لرأى الطب.

اهمية التميين:

تتبين هذه الأهمية في أمرين:

أحدهما إجراء العملية الجراحية للخنثى يقوم بها الأطباء المختصون لإصلاح الجهاز التناسلي، ليكون أقرب إلى الحالة الطبيعية التي تتوافق مع التكوين العضوي، وحينئذ تجري على الحالة الاحكام التي توافق الصنف من الذكر والأنثى.

والأمر الثاني توزيع التركة التي يكون الحنثي أحد الورثة على سبيل اليقين.

كيفية توزيع تركة يكون الخنثى احد ورثتها:

قبل التيقن من التمييز بين الصنفين، يجب الإحتياط بإتباع إحدى الطرق الآتية:

أولا- إيقاف توزيع تركة الميّت الذي من ضمن ورثته خنثى مشكل، حتى يتّضح أمر الخنثي، هذا إذا لم يُضرّ التأخير بمصلحة بقية الورثة.

ثانيا- إذا اقتضت مصلحة سائر الورثة تقسيم التركة، فعلى القاضي أو المفتي القيسام بتوزيعها على أن يراعى اثناء القسمة إحدى الصور الست الآتية:

الصورة الأولى: أن يتسارى مياث الخنثى على كلا التقديرين (تقدير كوند ذكرا وتقدير كوند أنثى)، فحينئذ لا إشكال في توزيع التركة كما يلى:

 الورثة:
 أب
 بنت
 ولد لأم الحنثي

 الغروض:
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١
 ١/١

وللخنشى الباقي ذكرا كسان أم أنشى^(٢) في الفقسه السسني، لكسن في الفقسه الجمفسري والقانون لا يرث الخنشى لأنه عجوب بالبنت. وقد اقرّت الفقرة الثانية من (٩١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) هذا الحجب.

الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١/٢٠ ومايليها.

Y لأنه إما أخ من الأم أو أخت من الأم، وفي كلتا الحالتين له السدس.

الصورة الثانية: أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة:

ولد لأب خنثى	ثقيقة	<u>زدج</u>	الورثة:
_	(Y) Y/Y	(1) Y × 1	الفروض:
_	٣	٣	الأسهم:

فإذا كان ذكرا يُحجب بالإستغراق لأنه عصبة، وإذا كنان أنشى لنه (١/١) تكملة للثلثين. فالمسألة من (٦) وتعول إلى (٧).

للزوج ٧/٣، وللشقيقة ٧/٣، وللخنثي (الأخت لأب) (٧/١).

وعند الجعفرية وفي القانون العراقي: لا يرث هذا الخنشي ذكرا كسان أو أنشي، لأنسه يُحجب بالأخت الشقيقة، لكونه من الدرجة الثانية من المرتبة الثانية، والأخت الشقيقة من الدرجة الأولى، وقد نصت (٤/٨٩) المعدلة على أنه "تكون الأخت الشقيقة بمثابة الأخ الشقيق في الحجب".

فعلى القاضي في الفقه السني أن يعتفظ بسُبع التركة، فإذا تبين أنسه ذكس يُعساد إلى سائر الورثة، لأنه يُحجب بالإستفراق.

الصورة الثالثة: أن يرث على تقدير الذكورة دون الأنوثة:

ولد اخ ش. خنثى	جدة و	ن <u>دج</u>	الورثة:
ق	1/1		الفروض:
4	1	٣	الأسهم:

فإذا تبين أنه ذكر يأخذ الباقي، لأنه من العصبات، وإذا ظهر أنه أنشى لا يرث شيئا لأنه من ذوى الأرحام. فيرد الباقى على الجدة أو على الزوج والجسد على رأى من يرى أن للزوج والزوجة حقاً في الرد. وعند الجعفرية له الباتي في الحالتين ذكرا أو أنثى، لأنه يحل عل والده ويأخذ استحقاقه لو كان على قيد الحياة.

ا لعدم وجود فرع وارث کالانها واحدة لم تُعصب ولم تُحجب.

٣٠٠ الخنشسس للشمسكل والإحتيمساط في توزيمسع التركسسة

الصودة الوابعة: أن يوث بتقدير الأنوفة أكثر من إوثه بتقدير الذكودة:

الووقة: نوج أم ولد لأب خنشي المسألة من (٦) (١) الفروض: ٢/١ ٢/١ ق الفروض: ٢/١ ٢/١ ق الأسهم: ٣ ٢ ٢ ١

نصف التركة إذا كانت واحدة لم يُعصبها أحد ولم تُعجب. بعد العول: ٣/٨ ٨/٣

وعند الجعفرية يكون عجويا بالأم، لأند من للرتبة الثانية والأم من المرتبة الأولى.

الصودة الحامصة: هي أن يرث بتقدير الذكورة أكثر من إدثه بتقدير الأنوثة، ويُعسل بمسا هو متيقن بالنسبة له ولسائر الورثة، فيُوقف الباقي إلى أن يتبين أمره، فسإذا مسات

هو متيعن بالنسبة له ولتناثر الوزك، ليولف البالي إلى ال يسب. قبل ذلك ليس لودلته شيء من هذا الموتوف، لأنه مشكوك فيه.

فيل دلك ليس ترونته عي، من هذا الموتول، دل مستول فيه. الودفاء زوج أب ولد الإبن الحنثي للشكل

الفروض: ١/١ على تطدير الأثولة أمسل للسألة من (١٢) (١٠) الأسيم: ٣ ٢ على تقدير الأثولة

سيم؟ يوقف البالي اسيم واحد ١٩٧٨)، فإن تبين أند ذكر، أخذه. وإن ظهـر أنـه أنشى رُهُ للأب في الفقه السني، ^{(١٢} ولها وللأب بنسبة فردشهما في الفقه الجمفري.

الصودة السائسة: هي أن الحنش للشكل لا يرث في جميع الأحوال، سواء أكسان ذكسرا أم أنش، المثمد يُحجب بوارث التوى منه ترابة.

الحيولات نوج إبن ولد الإبن الحنشى الفروض: ١/١ ق لا شيء الأسهم: ٢ ٢

حاصل مشرب (۲×۲)

حاصل منرب (۲×۲) أو (۲×٤).

كات يرث السنس فرشا والياتي تعصيبا في حنّه الحالة.